القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني

دراسة مقارنة

إعداد
محمد يونس فالح الزعبي

المشرف
الدكتور عباس أحمد الباز

المشرف المشارك
الدكتور زياد صبحي ذياب

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي

كلية الدراسات العليا
الجامعة الأردنية

حزيران، ٢٠٠٥م

نوقشت هذه الأطروحة : (القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني- دراسة مقارنة) ، وأجيزت بتاريخ : ٢٣ / ٥ / ٢٠٠٥م .

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الدكتور عباس أحمد الباز، مشرفا أستاذ مساعد في الفقه وأصوله	....
الدكتور القاضي زياد صبحي ذياب ، مشرفا مشاركاً عضو محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان	....
الأستاذ الدكتورمحمد حسن أبو يحيى، عضواً أستاذ الفقه وأصوله	....
الدكتور عارف حسن أبو عيد ، عضواً أستاذ مشارك في الفقه وأصوله	....
الدكتور ذياب عبد الكريم عقل، عضواً أستاذ مشارك في الفقه وأصوله	....
الأستاذ الدكتور علي محمد العمري، عضواً أستاذ الفقه وأصوله (جامعة اليرموك)	....

نموذج تفويض

أنا الطالب : محمد يونس فالح الزعبي ، أفوض الجامعة الأردنية بتزويد نسخ من أطروحتي للمكتبات ، أو المؤسسات ، أو الهيئات ، أو الأشخاص عند طلبها.

التوقيع :

التاريخ :

The University of Jordan

Authorization Form

I، Mohammad Younes Faleh Al-Zoubi ، authorize the university of Jordan to supply copies of my thesis Disseration to libraries or establishments or individiuals on request.

Signature :

Date:

الإهداء

إلى الجبل الأشم الذي ألهمني الصبر والعزم .
إلى نبع الحنان التي تفانت في الحب والعطاء .
إلى اللذين أوصاني بهما ربي إحسانا أبى وأمي.

إلي رفيقة دربي زوجتي .

إلى من أتمنى أن يكون لهما من اسميهما نصيب أبنائي جهاد ، وعبادة .

إلى من أتمنى أن تكون لي ستراً من النار ابنتي وئام .

إلى جميع أهلي ، وأعزائي ممن كانوا دعائم صبري وهمتي .

إلى أبناء الأمة العاملين بإخلاص لتعود لها عزتها وكرامتها.

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين القائل :﴿ وَمَن يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ"﴾ [(١)] ،والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين محمد ﷺ وعلى من سار على نهجه، واقتفى سنته إلى يوم الدين أما بعد :

فإنه بعد أن منّ الله عليّ بإتمام هذه الأطروحة فالشكر له أولاً وأخراً ؛ لأنه أجدر بالشكر وأولى ، وثانياً فإني أرى لزاماً عليّ أن أسجل أمتناني ، وتقديري ، وشكري إلى كل من الدكتور عباس الباز ، والدكتور زياد ذياب على تفضلهما بقبول الإشراف على أطروحتي فكانت توجيهاتهما لآلئ أطروحتي ، وبلسم سطورها ، ونوراً أقتدي به في كتابة حروفها ، فجزاهم الله عني خير الجزاء .

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة ، الذين تجشموا عناء قراءة هذه الأطروحة ، من أجل إثرائها بالملحوظات القيّمة ، والتوجيهات السديدة ، التي أعتز بها ، وأدين بالشكر لأهلها ، إقراراً بفضلهم ، واعترافاً بجميلهم ، حتى تخرج هذه الأطروحة بصورة مرضية.

كما لا يفوتني أن أشكر المعلم فؤاد المرازيق لمساهمته في تدقيق هذه الأطروحة لغوياً، ولا أنسى أن أشكر كل من ساهم في إتمام هذه الأطروحة سواء بإسدائه النصح ، والمشورة ، أو الكلمة الطيبة ، أو الدعاء الخالص ، فجزى الله الجميع خيراً ، وجعل جهدهم في ميزان حسناتهم يوم القيامة .

---

(١) سورة لقمان ، آية (١٢) .

المحتويات

القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني– دراسة مقارنة

إعداد

محمد يونس فالح الزعبي

المشرف

الدكتور عباس أحمد الباز

المشرف المشارك

الدكتور زياد صبحي ذياب

ملخص

لقد تناولت هذه الدراسة موضوع (القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني) دراسة فقهية مقارنة ، هادفة إلى ذكرالقواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، ومدى تطبيقها في القضاء الشرعي الأردني،حيث احتوت الدراسة على مقدمة ، وتمهيد ، وأربعة فصول ، وخاتمة تضمنت النتائج والتوصيات ، وقائمة المصادر والمراجع ، على النحو التالي .

أشار الباحث في المقدمة إلى مشكلة الدراسة ، وأهميتها ، والدراسات السابقة التي تناولت الموضوع ، مع بيان المنهج الذي سار عليه الباحث في هذه الأطروحة .

أما الفصل التمهيدي فقد ذكرت فيه لمحة عن القواعد الفقهية ، من حيث مفهومها، ومصادرها ، وحجتها، وأهميتها في الفتيا والقضاء .

وفي الفصل الأول تحدثت عن الحكم القضائي من حيث مفهومه ، ومقوماته مع ذكر موجز لهذه المقومات ، الحاكم ، المحكوم له ، والمحكوم عليه ، والمحكوم فيه ،والمحكوم به ، وطريق الحكم .

ثم جاء الفصل الثاني لأبين فيه القواعد المختصة بالخصوم ، حيث اشتمل على القواعد المختصة بالمدعي ، ثم المدعى عليه ، وأخيراً القواعد المشتركة بينهما .

وفي الفصل الثالث ذكرت أهم القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه ، والتي ينبغي على القاضي مراعاتها ، وأخذها بعين الاعتبار، لما لها من أثر كبير في إعانة القاضي للوصول إلى الحق الذي ينشده ، كما ذكرت القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم به ، والتي من شأنها أن ترسم للقاضي مرجعيته في إصدار الأحكام .

وفي الفصل الرابع تحدثت عن القواعد الفقهية المختصة بالحاكم ، من حيث ذكر أهم الأمور المتعلقة بولاية القاضي ، ومدى صلاحيته في إصدار الأحكام ، وحدود مسؤوليته عن أحكامه .

كما تناولت أهم القواعد الفقهية المختصة بالحكم ، من حيث نفوذه ظاهراً وباطناً ، ومدى تأثره بتغير الزمان والمكان ؟ وما أثر الشبهة عليه إذا كان الحكم متعلقاً بالحدود ، وهل يجوز للقاضي أن يصلح بين الخصوم ؟

هذا وقد تعرضت في كل فصل إلى موقف القضاء الشرعي الأردني ، ومدى تطبيق ذلك في المحاكم الشرعية .

وأخيراً فقد ذكرت خاتمة تضمنت أهم النتائج ، والتوصيات التي توصلت إليها خلال هذه الدراسة ، وقائمة المصادر والمراجع ، والملاحق التي اشتملت على فهرس للآيات ، و الأحاديث التي وردت في هذه الأطروحة ، وقائمة بأسماء الأعلام الذين ترجمت لهم ، وجاء في خاتمة البحث ، ملخص الأطروحة باللغة الإنجليزية .

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي خلق الخلق ، وأنزل الحق ، أحمده تعالى حمد الشاكرين ، واستغفره استغفار المذنبين التائبين ، وأساله معونة الصابرين ، والفوز بجنة النعيم ، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين محمد عليه أفضل الصلاة والتسليم ، إمام القضاة وسيدهم ، حكم فعدل ، وقضى فما ظلم ، وعلى من سار على نهجه ، واقتفى سنته إلى يوم الدين ﴿ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي ﴾ [1] ، اللهم لا علم لنا إلا ما علمتنا ، إنك أنت العليم الحكيم ، أما بعد :

فلقد شرفنا الله تبارك وتعالى بالانتساب إلى دينه ، وحمل لوائه الذي فتح الله به أعيناً عميا، وأذاناً صمّاً ، وقلوباً غلفا ، أصبحنا سادة الأمم ، القوي فينا ضعيف حتى يؤخذ الحق منه والضعيف فينا قوي حتى يؤخذ الحق له ، لا فضل لعربي على أعجمي ، ولا لأبيض على أسود إلا بالتقوى ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ [2] .

ولما كان القضاء من أجل العلوم قدراً ، وأشرفها ذكراً ، وهو مما لا غنى للناس عنه في حياتهم ، فيه تفصل الخصومات ، وترد الحقوق إلى أصحابها على ضوء نصوص من القرآن والسنة النبوية ، التي تنير للقاضي طريقه في الوصول إلى الحق الذي ينشده ، أخذاً بعين الاعتبار تلك الثروة الفقهية التي خلفها لنا علماء أجلاء ، وحكام أمناء جعلوا الحق غايتهم ، والعدل نصب أعينهم ، وتقوى الله في قلوبهم ، وفق قواعد وضوابط شرعية ساروا عليها في حكمهم ، فسعدوا بالدنيا و الآخرة .

ولقد جاءت هذه الأطروحة لتتناول جانباً من جوانب القضاء ، وهي بعنوان : **القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني** ، جامعة بذلك بين علم القواعد الفقهية والقضاء ، وملاحظة مدى التطبيق العملي لذلك في القضاء الشرعي الأردني .

أهمية الدراسة ومبرراتها :

أولاً : أهمية الدراسة :

---

(1) سورة طه ، أية (٢٥-٢٨) .

(2) سورة الحجرات ، آية (١٣) .

تبرز أهمية الدراسة في بيان الأمور التالية :

١- دراسة القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي، والتي من شأنها أن تكون ملكة عقلية فقهية قضائية قادرة على تحقيق الغاية المرجوة من القضاء .

٢- بيان أن النظام القضائي الإسلامي ذو تأصيل شرعي ، الأمر الذي يمكنه من تخريج الفروع على الأصول ، ومسايرة القضايا وحلها في كل زمان ومكان .

٣- خدمة أصحاب العلاقة العاملين بالقضاء الشرعي ، حيث ربطت هذه الدراسة بين الناحية الفقهية في دراسة القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، وبين الناحية التطبيقية العملية للواقع في القضاء الشرعي الأردني .

٤- إن هذه الدراسة تعتبر امتداداً لدراسة سابقة تناولت القواعد الفقهية المتعلقة بالإثبات ، فجاءت هذه الدراسة لتكتمل بها موضوعات القضاء من خلال دراسة القواعد الفقهية المتعلقة به.

ثانيا: مبررات الدراسة :

تتلخص مبررات هذه الدراسة فيما يلي :

١- رغبة الباحث في دراسة القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، وإفرادها بدراسة مستقلة يتسنى للباحثين في هذا المجال الإطلاع عليها والاستفادة منها .

٢- وضع دراسة بين يدي العاملين في القضاء الشرعي الأردني بحيث تجمع بين الناحية الفقهية النظرية لهذه القواعد ، وبين الواقع العملي ، وما استقر عليه اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأمر الذي يسهل عليهم في كثير من الأحيان عملهم والقيام به على أكمل وجه.

مشكلة الدراسة:

إن ما هو موجود من مصنفات في القواعد الفقهية يجعل من العسير أن يجد الباحث مصنفاً يجمع القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، وتطبيقاتها في الاجتهادات القضائية الأردنية، الأمر الذي دعاني للبحث في هذا الموضوع ، ومن هنا فإن مشكلة الدراسة تكمن في محاولة الإجابة عن الأسئلة التالية :

أولاً : ما مدى الاعتماد على القواعد الفقهية في القضاء الإسلامي ؟

ثانياً : ما مدى تطبيق ذلك في القضاء الشرعي الأردني ؟

الدراسات السابقة :

هناك مصنفات بحثت جوانب متعددة من القضاء كالدعوى ، ووسائل الإثبات ، والحكم القضائي في الشريعة والقانون ، كما أن هناك الكثير من المصنفات والقواعد الفقهية قديماً وحديثاً ، إلا أنه لا يوجد ـ حسب علمي ـ أية دراسة علمية جمعت بين القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني ، ومن أهم الدراسات القريبة من هذه الدراسة ما يلي :

أولاً : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، محمد نعيم ياسين ، وقد اشتمل الكتاب على معظم الأحكام المتعلقة بالدعوى ، دراسة فقهية مقارنة جامعة بين الشريعة والقانون ، حيث اشتمل في ثناياه على بعض من القواعد الفقهية التي سوف أتناولها في هذه الأطروحة .

ثانياً : نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ، عبد الناصر موسى أبو البصل ، وقد اشتمل الكتاب على معظم الأحكام المختصة بمقومات الحكم القضائي مع إجراء دراسة مقارنة مع القانون ، حيث سيكون النواة التي انطلق منه لدراسة القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي .

ثالثاً : قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية ، وهي أطروحة علمية تقدم بها خالد محمود قرقور استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية ، حيث تناول الحديث عن القواعد الفقهية المتعلقة بالإثبات في الشريعة الإسلامية كالإقرار،والشهادة ،واليمين ، والقرائن ، وعلم القاضي ، والكتابة .... وقد كانت أطروحته في ثمانية فصول ، حيث ابتدأ بتعريف وسيلة الإثبات ومشروعيتها ، ثم تحدث عن القواعد الفقهية المتعلقة بهذه الوسيلة .

وسأستفيد من هذه الرسالة في التبويب ، وفي طريقة البحث التي أعتمدها من حيث ابتداؤه بذكر القاعدة ، وبيان معناها ، ورأي العلماء فيها وذكر مستندها ، مع ذكر بعض الأمثلة عليها وما يستثنى منها ، وأضيف على ذلك بيان مدى الاعتماد على القاعدة في القضاء الشرعي الأردني ، وذلك بذكر المواد القانونية التي تتعامل بها المحاكم الشرعية التي وردت هذه القاعدة فيها ، والتمثيل لهذه القواعد بذكر تطبيقاتها في اجتهادات علماء القضاء الشرعي الأردني ، الأمر الذي يتطلب مطالعة الاجتهادات القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية الأردنية ، بمعرفة مدى تطبيق هذه القواعد في قراراتها .

مما سبق يتضح أن أطروحتي ستتفق مع الأطروحة المذكورة من حيث المنهجية ولكنها مختلفة معها من حيث المضمون ، فأطروحتي ستكون عــن القواعــد الفقهيــة المختــصة بمقومات الحكم القضائي ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني ، في حين أن الرســالة المذكورة تتحدث عن القواعد الفقهية المتعلقة بالإثبات .

رابعاً: القواعد الفقهية لعلي أحمد الندوي ، وهو كتاب شامل يتحدث عن القواعــد الفقهيــة بشكل عام حيث ذكر فيه عدداً كبيراً من القواعد الفقهية وقد قسم الموضوع إلــى قــسمين : كان الأول في بيان معنى القواعد الفقهية ، وبيان العلاقة بينها وبين القاعــدة الأصــولية ، والنظرية الفقهية ، والضابط الفقهي ، كما قدم بلمحة تاريخية عن نشأة القواعــد الفقهيــة ، وأهم المؤلفات فيها في المذاهب الأربعة ، وأما القسم الثاني فقد كان في بيان هذه القواعــد وقد جاء في الفصل الثاني منها تحت عنوان : (القواعد الفقهية وظيفتها ومكانتها في الإفتاء والقضاء) ، وفي هذا الفصل ذكر اثنتين وعشرين عبارة متعلقة بجميع أبواب القضاء ، بما في ذلك موضوع الإثبات ، وقال :"إن هذه العبارات بمثابة قواعد اســتعملها القــضاة عنــد الفصل بين المتخاصمين وحسم النزاع ".

خامساً: القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام ، إبراهيم محمــد الحريــري ، حيث اشتمل الكتاب على عشرة فصول تناول من خلالها القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالنظام القضائي الإسلامي ، والذي حاولت الاستفادة منه في حــصر القواعــد المختــصة بمقومات الحكم القضائي .

والفرق بين الدراستين السابقتين وبين أطروحتي ، هو أنني لن أتحــدث عــن جميــع القواعد الفقهية ، بل سأكتفي بالقواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي ، إضــافة لذلك فإنني سأضيف إلى ذلك بيان مدى الاعتماد على القاعدة في القضاء الشرعي الأردني ، وذلك بذكر المواد القانونية التي تتعامل بها المحاكم الشرعية وفق هذه القواعد ، والتمثيــل لهذه القواعد بذكر تطبيقاتها في اجتهادات علماء القضاء الشرعي الأردني كما تقدم.

منهجية البحث :

سيتبع الباحث في دراسته المنهج الوصفي القائم على :

أولاً : الرجوع إلى كتب القواعد الفقهية ، وربطها بالفروع القضائية في كتب القضاء .

ثانياً : بحث القواعد الفقهية التي لها علاقة بمقومات الحكم القضائي من حيث :

١- معنى القاعدة وشرحها ، وبيان مستندها .

٢- ذكر أراء الفقهاء فيها ، وبعض الأمثلة عليها ، وذكر ما يستثنى منها إن وجد .

٣- ذكر ما مدى الاعتماد على القاعدة في التشريعات الأردنية وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني ، وذلك بمطالعة قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وقانون الأحوال الشخصية ، وقرارات المحاكم الشرعية ، وخاصة محكمة الاستئناف الشرعية .

ثالثاً : تخريج الأحاديث بردها إلى مصادرها الأصلية ، والحكم عليها .

رابعاً : ترجمة بعض الأعلام الذين ورد ذكرهم في الأطروحة .

خطة البحث :

احتوى هذا البحث على مقدمة ، وتمهيد ، وأربعة فصول ، وخاتمة :

- أما **المقدمة :** فقد اشتملت على بيان أهمية الدراسة ومبرراتها ، ومشكلة الدراسة ، و الدراسات السابقة في الموضوع مع بيان منهج الدراسة .

- **التمهيد** ، وقد تحدث الباحث فيه عن القواعد الفقهية ، مفهومها، مصادره، حجيتها، أهميتها ، ويحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : القاعدة الفقهية ،مفهومها ،المصطلحات ذات الصلة ، وقد احتوى على المطالب التالية :

المطلب الأول : مفهوم القاعدة الفقهية .

المطلب الثاني : المصطلحات ذات الصلة .

المبحث الثاني : القواعد الفقهية ، مصادرها ،حجيتها ، أهميتها ، وقد احتوى على المطالب التالية :

المطلب الأول : مصادر القواعد الفقهية .

المطلب الثاني : حجية القواعد الفقهية .

المطلب الثالث : أهمية القواعد الفقهية .

الفصل الأول : الحكم القضائي ، مفهومه ، مقوماته في الشريعة الإسلامية ، و القضاء الشرعي الأردني ، ويحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم الحكم القضائي ، وقد احتوى على المطالب التالية :

المطلب الأول : الحكم لغة و اصطلاحا .

المطلب الثاني : القضاء لغة واصطلاحا .

المطلب الثالث : مفهوم الحكم القضائي .

المبحث الثاني : مقومات الحكم القضائي ، وقد احتوى على المطالب التالية :

المطلب الأول : الحاكم .

المطلب الثاني : المحكوم له .

المطلب الثالث : المحكوم عليه .

المطلب الرابع : المحكوم فيه .

المطلب الخامس : المحكوم به .

المطلب السادس : طريق الحكم .

الفصل الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالخصوم ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني ، ويحتوي على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : القواعد الفقهية المختصة بالمدعي .

المبحث الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالمدعى عليه .

المبحث الثالث : القواعد الفقهية المشتركة بين المدعي والمدعى عليه .

الفصل الثالث : القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه ، والمحكوم به ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني ، و يحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه ، وقد احتوى على مطلبين :

المطلب الأول : القواعد الفقهية المختصة بشروط المحكوم فيه .

المطلب الثاني : القواعد الفقهية التطبيقية المختصة بالمحكوم فيه .

المبحث الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم به .

الفصل الرابع : القواعد الفقهية المختصة بالقاضي ، وحكمه ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني ، و يحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : القواعد الفقهية المختصة بالقاضي .

المبحث الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالحكم القضائي .

وأخيراً خاتمة احتوت على أهم النتائج ، والتوصيات ، وقائمة بأسماء المراجع والمصادر ، وبعض الملاحق ، وملخص باللغة الإنجليزية

وفي الختام فإنني بشر ، ومن سمات البشر أنهم يخطئون ، فما كان في أطروحتي من صواب فالحمد لله تعالى الذي وفقني إليه ، ودلني عليه ، وإن كان من خطأ فرحم الله من أهدى إليّ عيوبي ، وصحح زلة قلمي ، والله أسأل لي الصواب ، والسداد ، وأن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه ، وأن ينتفع به ، وصدق الله إذ يقول﴿ إِنْ أُرِيدُ إِلاَّ الإِصْلاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلاَّ بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾ (١) .

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين

---

(١) سورة هود ، آية (٨٨) .

الفصل التمهيدي :

القواعد الفقهية ، مفهومها ، مصادرها، حجيتها، أهميتها :

المبحث الأول : القاعدة الفقهية ، مفهومها ، والمصطلحات ذات الصلة :

المطلب الأول : مفهوم القاعدة الفقهية :

أولاً : معنى القاعدة لغة ، واصطلاحاً .

ثانياً : معنى الفقهية لغة ، واصطلاحاً .

ثالثاً : معنى القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفياً .

المطلب الثاني : المصطلحات ذات الصلة :

أولاً : الضابط الفقهي .

ثانياً : النظرية الفقهية .

ثالثاً : القاعدة الأصولية .

المبحث الثاني : القواعد الفقهية ، مصادرها ، حجيتها ، أهميتها :

المطلب الأول : مصادر القواعد الفقهية .

المطلب الثاني : حجية القواعد الفقهية .

المطلب الثالث : أهمية القواعد الفقهية .

المبحث الأول :

القواعد الفقهية مفهومها والمصطلحات ذات الصلة :

المطلب الأول :

مفهوم القواعد الفقهية :

القاعدة الفقهية مركب وصفي ، يتكون من القاعدة والفقه ، ولذا لابد لبيان معناهـا مـن معرفة المعنى اللغوي ، والاصطلاحي ، لكل منهما على حده ، ومن ثم معنى القاعدة الفقهيـة باعتبارها مركباً وصفياً على النحو التالي :

أولاً :معنى القاعدة لغة واصطلاحاً :

أ- معنى القاعدة لغة :

القاعدة لغة مصدر قَعَدَ يقعد قعوداً ، وجمعها قواعد [١]، وقد وردت في اللغة بعدة معانٍ أهمها :

١ – أصل الأس ، والقواعد الإساس وقواعد البيت إساسه [٢] ، وفيها قوله تعالى: ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾ [٣] ، قال الزمخشري :" القواعد جمع قاعدة ، وهي الإساس والأصل لما فوقه " [٤].

وقال الزجاج :" القواعد أساطين البناء التي يعتمد عليها "[٥] ، ومنها قوله تعالى : ﴿ فَأَتَى اللَّهُ

---

(١) ابن منظـور ، مـحمد بن مـكرم ، (ت٦٣٠ هـ / ١٣١١م) ، لسـان العـرب ، ط ١، ١٥م ، دار صادر بيروت، لبنان، ج٣،ص٣٥٧ ، باب قعد ، ابن فارس ، أحـمـد ،(٣٩٥ هـ / ٩٨٢م) ، مـعجم مقاييس اللغة ، ط١ ، ٦م ، دار الـجيل ، بيروت ، ١٩٩١م ، ج٥ ، ص١٠٨ ، الفراهيدي ، الخليل بن أحـمـد ، (ت١٧٥ هـ /٧٩١م) ، العـين ، ط١ ، ٥م ، (تحـقيق : مـهدي ، المخزومي / إبـراهيم السامرائي) ، مكتبة الهلال ، ١٩٩٥م ، ج١ ، ص١٤٣ ، باب قعد ٠ الفيروز ابادي ، مـحمد بن يعقوب (ت٨١٧ هـ /١٤١٥ م) ، القامـوس المحيط ، ط١ ، ٤م ، دار الـفكـر ، بيروت ، ١٩٨٣ م ، ج١ ، ص٣٢٨ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) سورة البقرة ، آية (١٢٧) .

(٤) الزمخشري ، محمود بن عمـر ، (ت ٥٣٨ هـ / ١١٤٣م) ، الكشاف ، ط١، ٤م ، (تحقيق : عادل عبد الموجود / علي معوض) ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ١٩٩٨م ، ج١ ، ص٣٢١ .

(٥) ابن منظور ، لسان العرب ، باب قعد ، ج٣ ، ص٣٦١ .

﴿ بُنْيَانَهُم مِّنَ القَوَاعِد ﴾[١] أي : من جهة القواعد وهي الأساطين ، فأتى البنيان من الأساطين بأن ضَعُفَتَ فسقطَ عليهم السقف ، وماتوا وهلكوا [٢] .

وعليه فإن المعنى اللغوي العام للقاعدة [٣] هو الأصل والإساس ، نظراً لإبتناء الأحكام عليها كابتناء الجدران على الإساس [٤] .

ب – معنى القاعدة اصطلاحاً :

عرَّف العلماء القاعدة بصورة عامة ، بعدة تعريفات أهمها :

١ – عرفها السبكي [٥] بأنها : " الأمر الذي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه "[٦]

٢– وعرفها الجرجاني [٧] بأنها : " قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها " [٨] .

---

(١) سورة النحل ، آية (٢٦) .

(٢) النسفي ، عبد الله بن أحمد ، (ت ٧١٠هـ /١٣١٠م) ، مدارك التنزيل وحقائق التأويل ، ط١ ، ١م ، دار المعرفة، بيروت ٢٠٠٠م ، ص٥٩٣ .

(٣) هناك معانٍ أخرى للقاعدة ، منها الثبات ، والاستقرار في المكان ، فالقاعدة هي صفة غالبة ومعناها الثابتة الزمخشري ، الكشاف ، ج١، ص٣٦١ .

– ومنها القاعد من النساء ، وهي الكبيرة المسنة التي قعدت عن الولد ، والحيض ، والأزواج ومنها قوله تعالى : ﴿ وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ، (سورة النور أية ٦٠) ، القرطبي ، محمد بن أحمد ، (ت٦٧١ هـ/ ١٢٧٣م) ، الجَامِعَ لأحَكَام القران ، ط١ ، ١١م ، (تحقيق : سالم مصطفى البدري) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠٠م ، ج١٢ ، ص٢٠٣ .

(٤) الباحسين ، يعقوب عبد الوهاب ، (١٩٩٨م) ، القواعد الفقهية المبادئ والنظريات ، ط١، ١م ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ص١٥ .

(٥) السبكي ، عبد الوهاب بن علي ، (٧٧١هـ / ١٣٦٩م) ، الأشباه والنظائر،٢م ، (تحقيق : عادل أحمد /علي عوض) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ج١ ، ص١١ .

(٦) السبكي هو : هو قاضي القضاة تاج الدين أبو النصر عبد الوهاب بن علي السبكي ، كان فاضل زمانه شديد الرأي ، قوي البحث ، يجادل المخالف في تقرير المذهب ، ويمتحن الموافق في تحريره ، تفقه على أبيه والذهبي ،وبرع حتى عدم مثله في عصره ، ومن مؤلفاته ،الأشباه والنظائر ، الشيرازي ، إبراهيم بن علي (ت ٤٧٦هـ /١٠٨٣) ، طبقات الفقهاء ، ١م ، (تحقيق : خليل الميس) ، دار القلم ، بيروت، ص ٢٧٥ .

(٧) الجرجاني هو : علي بن محمد المعروف بالشريف الجرجاني ، فيلسوف من كبار علماء العربية له نحو خمسين مصنفاً ، منها ، التعريفات ، مقاليد العلوم ، الزركلي ، خير الدين ، (١٩٩٢م) ، الأعلام ، ط١٠ ، ٨م ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ج٥ ، ص١٥٩ .

(٨) الجرجاني ، علي بن محمد ، (ت٨١٦ هـ /١٤١٣م) ، التعريفات ، ط١ ،١م،(تحقيق:إبراهيم الأبياري) دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ ، ص٢١٩ .

٣ – عرفها التفتازاني بأنها : حكم كلي ينطبق على جزئياته ، لتعرف أحكامها منه [١] ، وهـذه التعاريف كلها تشترك في معنى واحد وهي أنها قضية كلية منطبقة على جميع جزيئاتها.

ثانياً: الفقه لغةً واصطلاحاً:

أ –الفقه لغةً:

الفقـه مـن فقه بمعنى الفهـم والعلـم [٢] ، يقـال : شَهِدْتُ عليك بالفقه أي : بالفَهـم والفطنة ،وفقَّهت فلاناً كذا وكذا وأفقهته إياه أي : فَهمْته ففقهته وتفقهـه [٣] ، وفـي التنزيـل قـولـه تعالى: ﴿ فَمَالِ هَؤُلاء الْقَوْمِ لاَ يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثاً ﴾[٤] أي: نسبهم إلى الجهل وعدم الفهم [٥]، وقال الله تعالى: حكاية عن قوم شعيب عـليه السلام لنبـيهم ﴿ مَا نَفْقَهُ كَثِيراً مِّمَّا تَقُولُ﴾ [٦] أي لا نفهمه كما تفهم الأمور الحاضرة المشاهدة [٧]، ومنها قوله ﷺ : " من أراد الله به خيراً يفقهه في الدين[٨] .

---

(١) التفتازاني ، سعد الدين مسعود ، (ت٧٩٢ هـ / ١٣٨٩م) ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصـول الفقه ، ط١ ، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م ، ج١ ، ص٣٥ ، وعـرفها الكفوي بأنها: قضية كلية مـن حيث اشتمالها بالقوة علـى أحكـام جزئيات موضوعها، الكفوي ، أيوب الحسيني ، (ت ١٠٩٤هـ / ١٦٥٣م) ، الكليات ، ط١ ، ١م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٢، ص٧٢٨ ، وعرفها التهانوي بأنها : أمـر كلي منطبق علـى جميع جزئياته تعرف أحـكـامها مـنه ، التهانوي ، محمد علي (١٩٩٦م) ، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ط١ ، ٢م ،(تحقيق :علي دحرج)، مكتبة ناشرون ، لبنان ج٢ ، ص ١٧٠٣ .

(٢) الرازي ، محمد بن أبي بكـر ، (ت ٦٦٦هـ /١٢٦٩م) ، مختار الصحاح ، ط١ ، ١م ، دار عـمـار ، الأردن ، ١٩٩٦م ، ص٢٥٢ .

(٣) الزمخشري ، محمد بن عمر ، (ت ٥٣٨هـ /١١٤٣م) ، أسـاس البلاغة ، ط١، ١م ، (تحـقيق : عبد الرحيم محمود) ، مطبعة أورثا ند ، القاهرة ،١٩٥٣م ، ص٣٤٦.

(٤) سورة النساء ، آية (٧٨) .

(٥) الشوكاني، محمد بن علي ، (ت ١٢٥٠هـ/ ١٨٣٤م) ، فتح القدير،٥م، دار الفكر، بيروت ،ج١، ص٤٨٩ .

(٦) سورة هود آية (٩١) .

(٧) الأشقر ، مـحمد سليمان ، (٢٠٠٠م) ، زبدة التفسير مـن فتح القدير ، ط٤ ،١م ، مـؤسسة الـرسالة ، بيروت ، ص٢٩٨ .

(٨) البخاري ، محمد بن إسماعيل (ت٢٥٦ هـ / ٨٦٩م) ، صحيح البخاري ، كتاب العلم ، باب من يرد الله به خيراً ،ط٣ ، ٨م ، (تحقيق :مصطفى البغا) ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، ١٩٨٧م ، ج١، ص٣٩ مسلم ،أبو الحسين مسلم بن الحجاج ، (ت٢٦١هـ/ ٨٧٤م) ، صحيح مسلم ، كتاب الزكاة ، باب النهي عن المسألة ، ٥م ،(تحقيق:محمد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت ،ج ٢، ص٧١٩ ، **واللفظ لهما.**

ب- معنى الفقه اصطلاحاً :

عُرِّف الفقه اصطلاحاً بعدة تعريفات أذكر أهمها :

الأول : " معرفة النفس ما لها وما عليها " [١] .

الثاني : "العلم الحاصل بجملة من الأحكام الشرعية الفرعية بالنظر والاستدلال " [٢] .

الثالث : " معرفة الأحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد " [٣] .

الرابع : " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية بالاستدلال " [٤] .

وهذا التعريف الأخير هو الذي استقر عليه معنى الفقه اصطلاحاً ، لكونه جامعاً للمعاني والقيود المطلوبة فيه مانعاً من دخول غيرها [٦] .

ثالثاً: معنى القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفياً :

اختلف العلماء في تحديد معنى القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفياً ، ومن أهم هذه المعاني ما يلي :

١ – عرفها المقري [٧] بأنها :" كل كلي هو أخص من الأصول ، وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة "[٨] .

---

(١)صدر الشريعة ، عبد الله بن مسعود المحبوبي ، (ت٧٤٧ هـ/١٣٧٣م) ، التنقيح في أصول الفقه ، ط١ ، ٢م، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٦م ، ج١ ،ص١٦ .

(٢) الآمدي ، علي بن محمد ، (ت ٦٣١هـ/١٢٣٣م) ، الإحكام في أصول الأحكام ، ط١ ، ٤م ،(تحقيق: سيد الجميلي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٤هـ ، ج١، ص٢٢ .

(٣) الشيرازي ، إبراهيم بن علي ، (ت٤٧٦ هـ / ١٠٨٣م) ، اللمع في أصول الفقه ، ط١ ، ١م ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٩٨٥م ، ص٦ .

(٤) السبكي ، علي بن عبد الكافي ، (ت٧٥٦ هـ /١٣٥٥م) ، الإبهاج في شرح المنهاج ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق :جماعة من العلماء) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٤هـ ، ج١ ، ص٢٨.

(٥) البعلي ، علي بن عباس ، (ت ٨٠٣هـ /١٤٠٠م) ، القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام ، ١م ،(تحقيق: محمد حامد)، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٩٥٦م، ص٤ .

(٦) انظر شرح التعريف في المرجع السابق ص٤ .

(٧) المقري هو: محمد بن محمد أبو عبد الله القرشي التلمساني الشهير بالمقري من علماء المالكية له مؤلفات منها : القواعد ، الحقائق والرقائق ، الزركلي ، الأعلام ، ج٧ ، ص٣٧ .

(٨) المقري ، محمد بن محمد ، (٧٥٦هـ / ١٣٥٧م) ، القواعد ، ط١ ، ٤م ، دار الكتاب ، بيروت ، ج١ ، ص٢١٢ .

ولعلَّ الإمام المقري أراد بهذا التعريف [١] أن يخصص القاعدة الفقهيـــة ، دون غيرهـــا فذكر أنها أخصُّ من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة ، وأعمُّ من العقود والضوابط الفقهية الخاصة ، فهي وسط بينهما .

٢- وعرَّفها الحموي : " بأن القاعدة هـــي عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصـــوليين [٢] ، إذ هي عند الفقهاء حـــكم أكثري لا كـــلي ينطبق عـــلى أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منها " [٣] .

٣- وعرَّفها الندوي بأنها:" حكم شرعي في قضية أغلبية، يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها"[٤] .

٤- وعرفها الباحسين بأنها: " قضية كلية فقهية جزئياتها قضايا كلية فقهية"[٥] .

٥- وعرفها شبير بأنـــها : " قضية شرعية عملية كـــلية تشتمل بالقوة علـــى أحـــكام جزئيات موضوعها" [٦] .

([١]) ومما أُخذ على هذا التعريف ما يلي : إن المقري قد استخدم في تعريفه للقاعدة الفقهية مـــا يتوقف فهم معناه على فهم معناها كالضابط مثلاً، فهو عندهم: قاعدة فقهية لكنها تجمع فروعاً فقهية من باب واحد، فيكون في تعريفه دور ممتنع ، كما أن التعريف فيه نوع من الغموض والإبهام ، بدليل اختلاف العـــلماء في شرحه ، الباحسين ، القواعد الفقهية ص٤٤.

([٢]) القاعدة عند الأصوليين والنحاة هي : حـــكم كلي ينطبق عـــلى جميع جزئياته لتعرف أحـــكامها منه ، فمن أمثلة قواعد الأصوليين ، الأمر إذا تجرد عن القرائن أفاد الوجوب ، ومن أمثلة قواعد النحاة الفاعل مرفوع، والمفعول به منصوب ، الـــروكي ، مـــحمد، (٢٠٠م) ، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء ، ط١، ١م ، دار الصفاء ، الجزائر ، ابن حزم ، بيروت ، ص٤٧ .

([٣]) الحموي : أحمد بن محمد ، (ت١٠٩٨هـــ/١٦٥٧م) ، غمز عيون البصائر شـــرح كتاب الأشباه والنظائر ط١ ، ٤م ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٥م ، ج١ ، ص٥١ .

([٤]) الندوي ، علي أحمد ، (١٩٩١م) ، القواعد الفقهية ، ط٢ ، دار القلم ، دمشق ، ص٤٣ .

ويؤخذ على هذا التعريف أن فيه تكرار لا داعي له فقوله حـــكم يغني عن قوله قضية ، بل إن كلمة القضية في اللغة مأخوذة من القضاء وهو الحـــكم فصار كأنه قال : حـــكم شرعي في حـــكم أغلبي ؟ كما أنه أدخل الثمرة في التعريف، وهي التعرف على الأحـــكام الشرعية ، والأصـــل في التعريفات أن تقتصر على ماهية المعرف ، الروكي ، نظرية التقعيد الفقهي ، ص٤٨ ، الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص٥٠ .

([٥]) الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص٥٤ ، ويؤخذ على هذا التعريف ، أنه وقع في التكرار الذي ينبغي الاحتراز عنه في التعريف .

([٦]) شبير ، محمد عثمان ، (٢٠٠٠م) ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، ط١ ، ١م ، دار الفرقان ، عمان ، ص١٨ ، وهذا التعريف في غاية الوضوح والشمول .

رأي وتعقيب :

من خلال ما سبق بيانه يمكن للباحث أن يخلص إلى أهم الأمور التالية:

أولاً : إن جميع التعريفات السابقة ، تُجمع على أن ثمرة القاعدة الفقهيــة هــي معرفــة الحكــم الشرعي ، للجزئيات المندرجة تحتها .

ثانياً : التعريفات السابقة مجمعة على عموم القاعدة واتساعها بحيث ، لا تقتصر علــى جزئيــة محددة ، ولا فروع معدودة ، بل هي تشمل كل فرع أو جزئية تتحقق فيها معنى القاعدة ، وهذه أهم سمات القاعدة العموم والشمول (١).

ثالثاً: إن الفقهاء قد اختلفوا في كون القاعدة الفقهية هل هي كلية أم أغلبية ؟ على اتجاهين :

الأول : يرى أن القاعدة كلية .

الثاني : يرى أن القاعدة أغلبية .

ومنشأ الخلاف بينهم ، هو أنّ من نظر إلى أصل القاعدة في كونها جامعة لكل الفــروع التي تندرج تحتها رأى أنها كلية ، ومن نظر إلى أن أغلب القواعد فيها استثناءات تخرج عــن القاعدة ، رأى أنها أغلبية (٢) ، ويمكن القول بأن تقيد القاعدة بأنها أمر كلي ، أو أغلبــي لــيس لازما ، حتى يكون سبباً للاختلاف في تعريف القاعدة ، لأن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الفروع عن مقتضاه لا يخرجه عن كونه كلياً (٣)

---

(١) الكيلاني ، عبد الرحمن إبراهيم ، (٢٠٠٠م) ، قواعد المقاصد عند الإمـــام الشاطبي ، ط١ ، ١م ، دار الفكر ، دمشق ، ص٢٧ .

(٢) ابن الوكيل ، محمد بن مكي ، (ت ٧١٦هـ/١٣١٦م) ، الأشــباه والنظائر ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق :أحــمد العنقري ، مكتبة الرشد ،الرياض ، ١٩٩٣م، ج١ ، ص١٨ .

(٣) قال الشاطبي فــي المسألة الــعاشرة فــي كتابه الموافقات : " لا اعتبار لمعارضة الجزئيات للكليات "وسرد بعض الأمثلة التي تخرج عــن الكليات ، ثم قال : فكل هــذا غير قادح في أصل المشروعية ...وذلك لما يلي :

أولاً: أن الغالب الأكثري معتبر فــي الشريعة اعتبار الــعام القطعي ، لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت .

ثانيا : لأن الأمر الكلي ، إذا ثبت كلياً، فتخلّف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كلياً.

ثالثاً : أن الجزئيات المتخلفة ، قد يكون تخلفها لــحِكَم خارجة عن مقتضى الكلــي ، فلا تكــون داخلة تحته أصلاً و تكون داخلة لكن لم يظهر لنا دخولها ،أو داخلة عندنا لكن عارضها على الخصوص ما هو بها أولى . الشاطبي ، إبراهيم بن موسى ، (ت ٧٩٠هــ /١٣٨٨م) ، المــوافقات فــي أصول الفقه، ط١ ٢م ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٤م ، ج٢ ، ص٣٦٤ .

رابعاً: هناك فرق بين معنى القاعدة الفقهية ، وعلم القواعد الفقهية ، فعلم القواعد الفقهية : هو العلم الذي يُبحث فيه عن القضايا الفقهية الكلية ، التي جزئياتها قضايا فقهية كلية من حيث معناها ، وما له صلة بها ، وأركانها ، وشروطها ، ومصدرها ، وحجيتها ، ونشأتها، وتطورها وما تنطبق عليه من الجزئيات ، وما يستثنى منها [١].

فمثلاً قاعدة " الأصل براءة الذمة " [٢]: هي قاعدة فقهية كلية ، دراستها من حيث معناها ومصدرها ، وحجيتها ، وأهميتها ، وتطورها ... هي مواضيع خاصة بعلم القواعد الفقهية .

خامساً: إن التعريف المختار للقاعدة الفقهية : هي قضية شرعية أغلبية تشتمل على أحكام الجزئيات التي تدخل تحت موضوعها [٣] [٤] .

([١]) طلافحه ، محمد محمود ، (٢٠٠١م) ، تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة ، ١م ، رسالة ماجستير ، جامعة اليرموك ، إشراف الدكتور إسماعيل أبو شريعة ، ص٩ .

([٢]) انظر: شرح هذه القاعدة ص ٨٩ من هذه الأطروحة.

([٣]) انظر: تعريفاً قريباً من هذا لفضيلة الأستاذ الدكتور : محمد نعيم ياسين ، حيث عرفها " هي قضايا فقهية كلية تشتمل على الأحكام الشرعية العملية للجزئيات التي تدخل تحت موضوعها " قرقور ، خالد محمد، قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية ، ١م ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية ، إشراف الدكتور ماجد أبو رخيه ص١٨ .

([٤]) قوله : قضية شرعية يخرج به القواعد المنطقية ، والنحوية ، والبلاغية ، وقوله : عملية يخرج به ، القواعد الاعتقادية ،وقوله: أغلبية ، لبيان عموم القاعدة الفقهية وشمولها ، وبه نخرج من الخلاف السابق في كون القاعدة كلية أم أغلبية ، وقوله :تشتمل على أحكام الجزئيات التي تدخل تحت موضوعها " أي أن هذه القاعدة الفقهية تعطينا حكماً شرعياً عملياً للمسائل التي تندرج تحته

المطلب الثاني :

المصطلحات ذات الصلة :

هناك ألفاظ ذات علاقة وثيقة بالقاعدة الفقهية لا بد من ذكرها، والتعريف بها ، والوقوف على مدلولاتها ، وملاحظة الفرق بينها وبين هذه الألفاظ ، وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : الضابط الفقهي :

حتى ندرك العلاقة بين القاعدة الفقهية والضابط لا بد من معرفة المقصود من الضابط الفقهي بعد أن عرفنا معنى القاعدة ، وفيما يلي بيان لذلك .

*** معنى الضابط [١] اصطلاحاً:**

اختلف العلماء في تعريف الضابط على قولين :

القول الأول : يرى أنه لا فرق بين القاعدة والضابط فقد عرَّف الفيومي: القاعدة في الاصطلاح " بمعنى الضابط وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته " [٢] .

كما اعتبر التهانوي أن الضابط مرادف للقاعدة فقال :

بأن القاعدة في اصطلاح الفقهاء مرادفة للأصل ، والقانون ، والمسألة ، والضابط والمقصد وعرفها بأنها: " أمر كلي منطبق على جميع جزئياته تعرف أحكامها منه " [٣] .

كما أن بعض المصنفين من المتقدمين يعبرون عن القاعدة بالضابط ، فيطلقون لفظ : "القاعدة على ما هو ضابط مختص في باب معين من أبواب الفقه"[٤] .

---

(١) الضابط لغةً : مأخوذ من ضبط الشيء ضبطا أي : حفظه بالحزم حفظاً بليغاً ، وضبطت الأمر أحكمته وأتقنته ، وضبط البلاد قام بأمرها قياماً ليس فيه نقص ، والضبط لزوم الشيء وحبسه وحصره ، إبراهيم مصطفى وأخرون ، المعجم الوسيط ، المكتبة العلمية ، طهران ، ج١ ،ص ٥٣٥ ، الرازي ، مختار الصحاح ، ص١٨٩ ، ابن منظور ، لسان العرب ، ج٢، ص٥٠٩ ، الزمخشري ، أساس البلاغة ، ص٢٦٥ .

(٢) الفيومي ، المصباح المنير ، ج٢ ، ص٥١٠ .

(٣) التهانوي ،كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ج٢ ، ص١٢٩٥ ، الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص٥٩ .

(٤) علوان ، إسماعيل بن حسن ، (٢٠٠٠م) ، القواعد الفقهية الخمس الكبرى ، ط١ ، ١م ، دار ابن الجوزي السعودية ، ص٢٦ .

القول الثاني : يرى أن ثمة فرقاً بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي ، فالقاعدة الفقهية تجمع فروعاً من أبواب شتى ، أما الضابط الفقهي فيجمعها من باب واحد [١] ، ولهذا قال السبكي : بعد أن عرَّف القاعدة بأنها:" الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها، ومنها ما لا يختص بباب كقولنا ، "اليقين لا يرفع بالشك" ، ومنها ما يختص كقولنا : "كل كفارة سببها المعصية فهي على الفور" ، والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة ، أن يسمى ضابطاً "[٢] .

من خلا ل ما سبق يتضح أن هناك علاقة وثيقة بين القاعدة الفقهية ، والضابط الفقهي ، الأمر الذي حدا ببعض العلماء إلى إطلاق كل منهما على الآخر [٣] كما سبق بيانه ، ولكن هذا لا يمنع من إطلاق القاعدة الفقهية على الأمر الكلي الذي يجمع الجزئيات من أبواب شتى، وإطلاق الضابط الفقهي على الأمر الكلي الذي يجمع الجزئيات من باب واحد ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يمكن أن يلاحظ الفروق التالية بين القاعدة الفقهية ، والضابط الفقهي :

١- إنّ القاعدة الفقهية تكون أكثر شمولاً، واتساعاً للجزئيات ، والفروع المندرجة تحتها، لأنها لا تختص بباب واحد من الفقه بخلاف الضابط الفقهي، فإنه يختص بباب واحد فيكون أضيق وأقل اتساعاً للفروع المندرجة تحته .

٢- إنّ القواعد الفقهية يقع فيها استثناءات أكثر ؛ لأن الضوابط تضبط موضوعاً واحداً فلا يسمح فيها بكثرة الاستثناءات [٤] .

٣- القاعدة الفقهية تصاغ بعبارة موجزة ، وبألفاظ تدل على العموم والاستغراق ، أما الضوابط الفقهية فلا يشترط فيها ذلك ، فقد تصاغ في جمل ، أو فقرة ، أو أكثر من ذلك[٥].

---

(١) ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم ، (٩٧٠هـ /١٥٦٣م) ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٣م ، ص١٦٦ .

(٢) السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١١ .

(٣) ولذا يقول الدكتور محمد الزحيلي : أن هذا التفريق ليس حتماً جازماً ، فقد يذكر كثير من العلماء قواعد فقهية وهي في حقيقتها مجرد ضابط ولا مشاحة في الاصطلاح ، الزحيلي ، محمد (١٩٩٩ م)، القواعد الفقهية ، ط١ ، ١م ، جامعة الكويت ، الكويت ، ص٢٠ .

(٤) كامل ، عمر عبد الله ، (٢٠٠٠م) ، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية ، ط١ ، ١م دار الكتب ، مصر ، ص٣٨ .

(٥) شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٣ .

٤- إنّ القاعدة غالباً ما تكون محل اتفاق بين المذاهب ، وإن اختلف التفريع عليها ، أما الضابط فكثير ما يكون ضابطاً مذهبياً، بمعنى أنه مختص بمذهب دون أخر [١] .

ثانياً : النظرية الفقهية :

" بدأ الفقه الإسلامي بالفروع والجزئيات ، ثم انتقل إلى تقعيد القواعد الكلية والضوابط الفقهية ، وهذا التقعيد مرحلة مهمة لجميع المبادئ الأساسية ، والنظريات العامة في الفقه الإسلامي،فظهرت النظريات الفقهية ، كنظرية الظروف الطارئة ، ونظرية الملكية ، ونظرية العقد وغيرها"[٢] .

*** معنى النظرية [٣] الفقهية :**

أولاً : عرفها الأستاذ الزرقا بأنها: " تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حده نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي كانبثاث أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني، وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام[٤] .

ثانياً: وعرفها الدكتور الندوي بأنها : " موضوعات فقهية ، أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية ، أو قضايا فقهية حقيقتها : أركان ، وشروط ، وأحكام ، تقوم بين كل منها صلة فقهية ، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً "[٥].

* الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية :

أولاً: النظرية الفقهية هي أوسع نطاقاً وأرحب أفقاً من القاعدة الفقهية ؛ لأن النظرية قد يندرج تحتها كثير من القواعد الكلية ، والضوابط الفقهية ذات الصلة بموضوع النظرية ، فمثلاً نظرية

---

(١) علوان ، القواعد الفقهية الخمس الكبرى ، ص٢٨ .

(٢) الدريني ، فتحي ، (١٩٩٠ م) ،النظريات الفقهية ، ط٢ ، ١م ، جامعة دمشق ، ص١٠٣ ، ١٣٩ ، ٢٤٨ الزحيلي ، محمد ،(١٩٩٣م) ، النظريات الفقهية ، ط١ ، ١م ، دار القلم ، دمشق ، دار الشامية ، بيروت ص٥ ، وما بعدها .

(٣) النظرية : من نظر بمعنى تأمل الشيء بالعين ، ويقال :نظر في الكتاب تدبر وتفكر ، والنظرية : قضية تثبت ببرهان ، الرازي ، مختار الصحاح ، ص٣٢٦ ، إبراهيم مصطفى ، المعجم الوسيط ، ج٢،ص٩٤.

(٤) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج١ ، ص٣٢٩،وعلى الرغم من وجاهته إلا أنه يمكن اختصاره بأنها :تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حده نظاما حقوقيا منبثا في الفقه الإسلامي وتكون حقيقتها أركان وشروط وأحكام تجمعها وحدة موضوعية .

(٥) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٥٤ وقد يدخل في هذا التعريف القواعد الفقهية .

التعسف في استعمال الحق ، يدخل فيها كثير من القواعد الفقهية مثل" الـضرر يـزال "، " درء المفاسد أولى من جلب المصالح " ، " وإذا تعارضت مفسدتان رُوعي أعظمُهما ضرراً بارتكاب أخفهما "[١].

ثانياً : النظرية الفقهية لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها ؛ لأنها مجرد هيكل عظمي ينظم مجموعة من القضايا المتجانسة في إطار ذلك الهيكل ، في حين أن القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها ويستند ذلك إلى أدلة شرعية من كتاب ، أو سنة صحيحة أو غير ذلك [٢].

ثالثاً : القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط ، بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لهـا مـن ذلك[٣] .

رابعاً: النظرية الفقهية تصاغ على شكل بحث أو كتاب مطول ، في حـين أن القاعـدة الفقهيـة تصاغ بعبارة موجزة دقيقة [٤] .

---

(١) شبير ، القواعد الكلية، ص٢٥ ، الروكي ، قواعد الفقه الإسـلامي ، ص١١٥ ، الدريني ، النظريات الفقهية نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص٢٢٧ ، هذا وقـد تكون القاعدة الفقهية أعـم مـن النظرية الفقهية مـن ناحية أخرى فقد تكون القاعـدة الفقهية ذات صـلة بعدة نظريات فقهية ، لا يقتصر تطبيقها عـلى مـوضوع فقهي واحد ، فتكون عـلاقة القاعـدة الفقهية بالنظرية الفقهية الـعمـوم الخصوص الـوجهي أي أن النظرية أعم من القاعدة من وجه ،وأخص منها من وجه أخر ، الكيلاني ، قواعد المقاصد ، ص٤١.

(٢) الندوي ، القواعد الفقهية ،ص٥٥ ،الكيلاني ، قواعد المقاصد ،ص٤ ، الباحسين ، القواعد الفقهية ص١٤٨ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٦ ، الروكي ، نظرية التقعيد الفقهي ، ص٦٠ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٦ .

ثالثاً : القاعدة الأصولية :

لقد وضع العلماء القواعد الأصولية ، كأدوات لاستنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية، وأول من صنف فيها ووضعها في كتاب مستقل ، هو الإمام الشافعي في كتاب الرسالة[١] .

*** معنى القاعدة الأصولية [٢] :**

تعَرَّف القاعدة الأصولية بأنها: "حكم كلي تتبني عليه الفروع الفقهية ، مصوغ صياغة عامة ومجردة ومُحكمة "[٣].

*** الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية :**

يظهر للناظر في كل من قواعد الأصول وقواعد الفقه لأول وهلة أنه لا فارق بينهما لأن غاية كل منهما معرفة الأحكام الشرعية لأفعال العباد ، إلا أنه في الحقيقة هنالك فوارق جوهرية بينهما [٤] أهمها ما يلي :

١- إن النظر في القواعد الأصولية يختلف عنه في القواعد الفقهية ، إذ النظر في القواعد الأصولية خاص باللفظ من حيث تحققه في الفرع المراد إثبات الحكم الشرعي له ، وعدم تحققه فيه ، أما النظر في القواعد الفقهية فهو خاص بالمعنى من حيث تحققه في الفرع الذي يراد النظر في حكمه ، أو عدم تحققه فيه [٥] .

٢- القواعد الأصولية لا يفهم منها أسرار الشرع وحكمه ، بينما يمكن أن نأخذ هذه الأسرار والحكم من القاعدة الفقهية.

٣- القاعدة الفقهية ليست أصلاً في إثبات حكم جزئياتها ، بل حكم القاعدة نفسها مستمد من حكم جزئياتها ، إذ نجد أن كل قاعدة فقهية إنما تكونت من المعنى الجامع بين جزئياتها ومن أجل ذلك

---

(١) هرموش ، محمود مصطفى ، (١٩٨٧ م) ، القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول ، ط١ ، ١م ، رسالة ماجستير ، جامعة الملك محمد بن سعود ، بإشراف الدكتور : محمد صدقي البورنو ، ص٢٥ .

(٢) الأصول ، في اللغة جمع أصل وهو ما يبنى عليه غيره ، أو هو ما يفتقر إليه ولا يفتقر هو إلى غيره والصلة بين الأصول وبين القواعد أن القاعدة الكلية أصل لجزئياتها ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٤ ، ص٧٤ ، إبراهيم مصطفى ، المعجم الوسيط ، ج١، ص٢٠ .

(٣) المريني ، الجيلالي ، (٢٠٠٢م) ، القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة ، ط١ ، ٢م ، دار ابن القيم ، الدمام ، دار ابن عفان ، الجيزة ، ج١ ، ص٣٥ .

(٤) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٤ .

(٥) المرجع السابق .

حُكِمَ عليها بهذا الحكم ، أما القاعدة الأصولية فهي أصل في إثبات حكم جزئياتها، فالأوامر الشرعية من صوم ، وصلاة ثبت لها الوجوب بنصوص الأوامر الخاصة بها ، وهذه النصوص جزئيات للقاعدة الكلية التي هي الأمر المطلق يفيد الوجوب[١] .

٤- إذا حصل تعارض بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية ، فنقدم مقتضى القاعدة الأصولية على مقتضى القاعدة الفقهية [٢] .

٥- القاعدة الأصولية تستمد من علوم ثلاثة : علم الكلام ، والفقه ، و اللغة العربية [٣] ، وأما القواعد الفقهية ، فقد تكون نصاً شرعياً من كتاب أو سنة كما بينا سابقاً .

٦- القواعد الأصولية قواعد مطردة ، أي أن حكمها ثابت لجميع جزئياتها ، بحيث لم تتخلف أي جزئية منها في اندراجها تحت حكم القاعدة ، أما القاعدة الفقهية فإنها غير مطردة ، وحكمها على جزئياتها حكم الغالب ، فما من قاعدة فقهية إلا ولها استثناء [٤] .

---

(١) الأشباه والنظائر ، السيوطي ، ج١ ، ص٥ .

(٢) المرجع السابق ، ج١ ، ص٦ ، الكيلاني ، قواعد المقاصد ، ص٣٨ .

(٣) الجويني ، عبد الملك بن عبد الله ، (ت٤٧٨ هـ/١٠٨٥م) ، البرهان في أصول الفقه ، ط٤ ، ٣م ، (تحقيق : عبد العظيم محمود) ، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر ، ١٤١٨هـ ، ج١ ، ص٧٧ ، الآمدي ، الإحكام ، ج١ ، ص٢٤ .

(٤) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٤ .

المبحث الثاني :

القواعد الفقهية ، مصادرها ، حجيتها ، أهميتها :

لابد لنا من إلقاء الضوء على مصادر القواعد الفقهية ، وحجيتها ، وأهميتها ، وذلك من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول :

مصادر القواعد الفقهية :

بعد أن تبين معنى القاعدة الفقهية ، وأهم المصطلحات ذات الصلة بها ، لابد لنا أن نبين مصادر هذه القواعد ومن أين تستقى منابعها ؟ لنتمكن من الرجوع إليها عند الحاجة ، وهذه المصادر هي : الكتاب ، والسنة ، وأثار الصحابة والتابعين ، والمقاصد العامة للشريعة ، وفيما يلي بيان لها[١] :

أولاً: القرآن الكريم : " فقد جاء القرآن الكريم بمبادئ عامة ، وقواعد كلية وضوابط شرعية في آياته ونصوصه ، لتكون مناراً وهداية للعلماء في وضع التفاصيل التي تحقق أهداف الشريعة، وأغراضها العامة، وتتفق مع مصالح الناس ، وتطور الأزمان ، واختلاف البيئات"[٢]، ولعل الحكمة في ذلك التأكيد على كمال هذا الدين ، وصدق الله ﷻ إذ يقول : ﴿ اليَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِيناً ﴾[٣] ، وبيان مرونة الشريعة الإسلامية وقدرتها على مواكبة التطورات وحاجات الناس، الأمر الذي يؤكد على صلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان [٤] .

ومن هنا كانت هذه المبادئ العامة في القرآن الكريم المَعين الذي لا ينضب للفقهاء في صياغة القواعد الفقهية ، ومن الأمثلة على ذلك ما يلي :

١- قوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [٥] .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾ [٦] .

---

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص٤ .

(٢) الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٢٧ .

(٣) سورة المائدة ، آية (٣) .

(٤) الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٢٧ .

(٥) سورة الحج ، آية (٧٨) .

(٦) سورة البقرة ، آية (١٨٨) .

٣- قوله تعالى : ﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا ﴾ [١] .

٤- قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [٢] .

٥- قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [٣] .

هذا والنصوص من الآيات القرآنية التي تدل على ذلك أكثر من أن تحصى ، فمنها ما هو دال بنفسه ليكون قاعدة فقهية ، ومنها ما يكون مادة خصبة تستقى منها القواعد الفقهية [٤] .

ومن الأمثلة على ذلك : إن قاعدة الضرورات تبيح المحظورات " مستفادة من قوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [٥] ، وغيرها كثير من الأمثلة التي سوف نشير إليها عند شرح القواعد الفقهية ، إن شاء الله .

ثانياً: السنة النبوية :

فإن الله سبحانه وتعالى بعث محمداً ﷺ بجوامع الكلم ، وخصه ببدائع الحكم ، كما في الصحيحين عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال : " بعثت بجوامع الكلم " [٦] أي أن النبي ﷺ أعطي ملكة اقتدر بها على إيجاز اللفظ مع سعة المعنى ، بنظم لا تعقيد فيه يعثر الفكر في طلبة، ولا التواء يحار الذهن في فهمه ، ولذا نجد كثيراً من كلامه ﷺ يخرج مخرج القاعدة الكلية والمبدأ العام الذي يندرج تحته جزئيات كثيرة ويجمع فروعاً شتى ، ومن الأمثلة على ذلك :

١- قوله ﷺ: " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى " [٧] ، فهذا الحديث أصل للقاعدة الكلية "الأمور بمقاصدها " ، وهو من جوامع كلم النبي ﷺ وعليه عمدة الدين ، قال ابن رجب[٨]:

---

(١) سورة البقرة ، آية (٨٦) .

(٢) سورة البقرة ، آية (٢٨٠) .

(٣) سورة المائدة ، آية(١) .

(٤) الروكي ، محمد ، (١٩٩٨م) ، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف ط١ ، ١م ، دار القلم ، دمشق ، ص١٣٠ .

(٥) سورة البقرة ، آية (١٧٣) .

(٦) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الجهاد والسير ،باب قول النبي ﷺ نصرت بالرعب مسيرة شهر ، ج٣ ، ص١٠٨٧، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، ج١ ، ص٣٧١ ، **واللفظ لهما** .

(٧) البخاري، صحيح البخاري ، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ ، ج١ ، ص٣.

(٨) ابن رجب هو : أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي ، من علماء الحديث، ولد في بغداد ، وتوفي في دمشق له مؤلفات منها جامع العلوم والحكم،كتاب القواعد ، الزركلي ،الأعلام ، ج٣ ، ص٢٩٥.

في شرحه " لما ذكر ﷺ أن الأعمال بحسب النيات ، وأن حظ العامل من عمله نيته من خير أو شر ، وهاتان كلمتان جامعتان ، وقاعدتان كليتان لا يخرج عنهما شئ [١] .

٢- وقوله ﷺ :" البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه " [٢] ، وهذا الحديث قاعدة من أهم القواعد التي يقوم عليها القضاء في الإسلام [٣] .

٣- وقوله ﷺ " الخراج بالضمان " [٤] ، وقوله :" لا ضرر ولا ضرار "[٥] .

وسوف يتبين من خلال هذه الدراسة ، أن كثيراً من القواعد الفقهية إما أن تكون نص نبوي شريف ، أو أنها ترجع في أصلها واستنباطها إلى الحديث النبوي الشريف .

ثالثاً : أثار الصحابة والتابعين :

١-لقد تأثر السلف الصالح من الصحابة، والتابعين بمنهج النبي ﷺ، في فهم نصوص الشريعة وبيان مقاصدها ، والتعبير عنها بعبارات موجزة واضحة تخرج مخرج القاعدة الكلية ، وذلك

---

(١) ابن رجب ، عبد الرحمن بن أحمد ، (ت ٧٩٥ هـ /١٣٩٣م) ، جامع العلوم والحكم ، ١م ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٧ م ، ص١٧ .

(٢) البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين ، (ت ٤٨٥هـ/ ١٠٦٥م) ، سنن البيهقي الكبرى ، ١٠م ، (تحقيق : محمد عبد القادر عطا) ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٩٩٤م ، ج١ ، ص ٢٥٢، الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الأحكام باب ما جاء في أن البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه ، ج٣ ، ص٦٢٦ ، وصححه الصنعاني ، محمد بن إسماعيل ، (ت ١١٨٢هـ /١٨٦٥م) ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، ط٤ ، ٢م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٦٠م ، ج٤ و ص١٣٢ ، **الحديث صحيح ، واللفظ لهم** .

(٣) انظر : ص ٩٧ من هذه الأطروحة .

(٤) ابن الجارود ، أبو محمد عبد الله بن علي ، (ت ٣٠٧هـ /٩١٩م) ، المنتقى من السنن المسندة ، كتاب البيوع ، باب أبواب القضاء في البيوع ، ط١ ، ١م ، (تحقيق : عبدالله البارودي) ،مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت ، ١٩٩٨م ، ص١٥٩ ، الترمذي ، سنن الترمذي ، وقال : هذا حديث حسن صحيح ، ج٣ ، ص٥٨١ ، **الحديث صحيح ، واللفظ لهما** .

(٥) الحاكم ، أبو عبد الله محمد بن عبد الله ، (ت٤٠٥هـ /١٠١٤م) ، المستدرك على الصحيحين ،ط١ ، ٤م ، (تحقيق : مصطفى عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٠م ، وقال : حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ، ج٢ ، ص٦٦ ، الألباني ، محمد ناصر الدين ، (١٩٨٥م) ، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، ط٢ ، ٨م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، وقال : حديث صحيح ، ج٣ ، ص٤٠٨ ، **الحديث صحيح ، واللفظ لهما** .

لأنه كلما كان عهد الإنسان بالرسول ﷺ أقرب ، كان أعلم بالمعقول والمنقول [١] ، ويؤيد ذلــك قوله ﷺ : " إن خيركم قرني ، ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم" [٢] .

وقد ترك السلف الصـــالح آثاراً كثيرة في مــجال القواعد والضوابط الفقهية ، مــما يعد مصدراً في هذا المجال ومن هذه الأقوال ما يلي:

" لا عفو في الحدود عن شئ منها بعد أن تبلغ الإمام ، فإن إقامتها من السنة" [٣]

٢- " ليس على صاحب العارية ضمان "[٤].

٣- " لا يقضى على غائب " [٥].

٤- " كل قرض جر منفعة فهو ربا " [٦] .

٥- " كل شئ لا يقاد منه فهو على العاقلة " [٧].

رابعاً: مقاصد الشريعة العامة :

تعد مقاصد الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القواعد الفقهية،ومن الأمثلـــة علـــى ذلك:إن من مقاصد الشريعة الإسلامية رفع الحرج والمشقة عـــلى الناس ، والى هـــذا المقـــصد ترجع الـــقاعدة الفقهية "المشقة تجلب التيسير" [٨]،كما أن من مقاصد الشريعـــة الإسلامية حفظ الضـــرورات الخمس ، وإلى هذا المقـــصد ترجـــع القاعـــــدة الفقهيـــة "الـــضرورات تبـــيح المحظورات"[٩].

([١]) شبير ، القواعد الكلية ٤٤ .

([٢]) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب فضائل الصحابة ، باب فضل الصحابة ، ج٤ ، ص١٩٦٤ .

([٣]) هذا قول عمر بن الخطاب ﷺ ، ابن أبي شيبة ، عبد الله بن محمد ، (ت ٢٣٥هــ /٨٤٩م) ، المصنف في الأحاديث والآثار، ط١ ، ٧م ، (تحقيق : كمال يوسف الحوت)، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٤٠٩هــ ، ج٦ ، ص٤٤٦ .

([٤]) هذا قـــول علي بن أبي طالب ﷺ ، عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام ، (ت ٢١١هــ/٨٢٦م) ، مصنف عبد الرزاق ، ط٢ ، ١١م ، (تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي) ،المــكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٣ ، ج٨ ، ص١٧٩ .

([٥]) هذا قول شريح القاضي ، المرجع السابق ، ج٨ ، ص٣٠٨ .

([٦]) هذا قول إبراهيم النخعي ، ابن أبي شيبة ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج٤ ، ص٣٢٧

([٧]) هذا قول قتادة ، المرجع السابق ، ج٥ ، ص ٤٠٤ .

([٨]) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٥٧ .

([٩]) المرجع السابق ، ج١ ، ص١٦٨ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٧٥.

المطلب الثاني :

حجيَّة القواعد الفقهية :

تبين فيما سبق ، مصادر القواعد الفقهية ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يمكن الاعتماد على القواعد الفقهية كدليل شرعي مستقل ؟ أم أن القاعدة الفقهية لا ترتقي لأن تصبح دليلاً شرعياً ؟ بل يكتفى بالاستئناس بها ، في الاستدلال على الأحكام الشرعية في الفتيا والقضاء ؟

للإجابة عن هذه الأسئلة فإن القاعدة الفقهية التي قد تكون نصاً من كتاب أو سنة ، فإن مثل هذه القواعد تعتبر دليلاً شرعياً يحتج بها ، وهذا أمر يتفق عليه الفقهاء ؛ لأن حجية القاعدة جاءت من الدليل الشرعي الذي لا يستطيع أحد أن ينكر حجيته ، فمثلا : قاعدة "الضرر يزال " ، يشهد لها حديث النبي ﷺ " لا ضرر ولا ضرار " ، وهكذا الأمر في سائر القواعد التي لها أصل من كتاب أو سنة ،وما سوى ذلك فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يرى أن القاعدة الفقهية ، لا ترتقي إلى مستوى الدليل الشرعي المستقل والمعتبر ، فهي لا تعدو كونها شواهد للاستئناس وتنبيه القرائح ، لا معالم للاستدلال وبناء الأحكام على وفق مضامينها [١] ، وبه قال الجويني وابن نجيم وابن دقيق العيد [٢] .

---

(١) الكيلاني ، عبد الرحمن إبراهيم ، (١٩٩٩م) ، حجية القاعدة الفقهية ، مجلة مؤته ، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة مؤته ، العدد الأول ،ص٨٣ ، الباحسين ، القواعد الفقهية ص٢٦٥ .

(٢) ابن دقيق العيد هو : الإمام الفقيه الحافظ المحدث شيخ الإسلام أبو الفتح محمد بن علي بن وهب القشيري ولد في شعبان سنة (٦٢٥هـ) ، وكان من أذكياء زمانه ، واسع العلم ، ساكناً وقوراً ، و صاحب تصانيف منها : شرح العمدة ،الإمام في الأحكام ،توفي سنة (٧٠٢هـ)،السيوطي ،أبو الفضل عبد الرحمن بن أبى بكر،(ت٩١١هـ /١٥٠٥م) ،طبقات الحفاظ ، ط١، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ،ص٥١٦ .

- أما الجويني فيفهم هذا من قوله : " وأنا الآن اضرب من قاعدة الشرع مثلين يقضي الفَطِنُ العَجَبَ منهما وغرضي بإيرادهما تنبيه القرائح لدرك المسلك الذي مهدته في الزمان الخالي ، ولست أقصد الاستدلال بهما ، فإن الزمان إذا فُرض خالياً عن التفاريع والتفاصيل لم يستند أهل الزمان إلا إلى مقطوع به٠٠٠٠ " ، الجويني ، عبد الملك بن عبد الله ، (ت ٤٧٨هـ /١٠٨٧م) ، غياث الأمم في التياث الظلم ط٢ ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣م ، ص٢٢٩ .
- أما ابن نجيم فيفهم هذا من قوله : إنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية " ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١، ص٣٧١ .
- أما ابن دقيق العيد فيفهم هذا من رده على ابن بشر المالكي لاستنباطه أحكام الفروع من قواعد =

هذا وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١- إن القاعدة الفقهية كلية ، أي منطبقة علـى جميع جزئياتها ، ولا يقدح في كليتها وجـود استثناءات [١] .

٢- إن حجية القاعدة وصلاحيتها للاستدلال استفيد مـن مـجموع الأدلـة الـجزئية التـي نهضت بمعنى تلك القاعدة فإن كان كل دليل جزئي هو حجة بذاته ، ويصح الاستدلال به ، فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجيَّة في القاعدة التي أرشدت إليها مجموع الأدلة[٢].

٣- إن تتبع اجتهادات الأئمة الأعلام ، ليرشد إلى اعتبارهم لهذه القواعـد واعتمـادهم عليهـا للكشف عن الحكم الشرعي المناسب للوقائع والمستجدات التي لم يرد فيها نص ، الأمـر الـذي يبين لنا أن هذه القواعد راسخة في أذهان المجتهدين[٣] .

القول الثاني : يرى أن القواعد الفقهية تصلح لأن تكون دليلاً تُعـرف بهـا أحكـام المـسائل المستجدة والنوازل الطارئة ما لم يعارضها أصل مقطوع به من كـتاب ،أو سنة ،أو إجماع [٤]، وبه قال الغزالي ، والقرافي ، والشاطبي [٥]وغيرهم :

= أصول الفقه وقال : إنها غير مخلَّصه وإن الفروع لا يطَّرد تخريجها على القواعد الأصولية ، ابن فرحون إبراهيم بن علي ، (٤٧٨هـ /١٠٨٥م) ، الديباج المذهب ، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص٨٧ .

(١) انظر ص١٤ من هذه الإطروحة

(٢) الكيلاني ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص١٠٨.

(٣) الكيلاني ،حجية القاعدة الفقهية ص٨٥ ، وفي ذلك يقول الشيخ الزرقا رحمـه الله : لأن تلك القواعد الكلية على مـا لها من قيمة واعتبار هي كثيرة المستثنيات ، فهي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء ، الزرقا ، المـدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٦٧

(٤) الكيلاني ، حجية القاعدة الفقهية ، ص٨٣ .

(٥) أما الغزالي فيفهم ذلك من قوله :" كل معنى مناسب للحكم مطَّرد في أحكام الشرع لا يرده أصل مقطوع به من كتاب ، أو سنة ، أو إجماع ، فهو مقول به ، وإن لم يشهد لـه أصـل معين ، الغزالي ، محمد بـن محمد ، (ت ٥٠٥هـ/١١١١م) ، المنخول ، ط٢ ، ص٣٦٤ ، ١م ، (تحقيق: محمد حسن هيتو) ، دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٠هـ ، ص٣٦٤ .

- أما القرافي ، فقد صرح بأن حكم القاضي يُنقضُ إذا خـالف قاعدة مـن القواعد السالمة عـن المعارض ، ومثل لذلك :"ما لو قضى القاضي باستمرار عصمة من لزمه الطلاق بناء على المسألة السريجية (وهي ما لو قال الرجل لزوجته أن تزوجتك فأنت طالق قبله ثلاثا ،وسميت بذلك نسبة إلى أبي عباس أحمد بن سريج الشافعي الذي أفتى بعدم وقوع الطلاق) ، نقضناه لكـونه علـى خلاف قاعـدة أن الشرط قاعـدته صحة اجتماعه مع المشروط وشرط السريجية لا يجتمع مع مشروطه أبداً، فـإن تقدم الثلاث لا يجتمع مع لزوم=

هذا وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي :

١- إن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية ، فترد عليها الاستثناءات فتضعف من رتبتها ومكانتها، وتوهن من حجيتها وصلاحيتها للاستدلال بها [١]، كما أن من المحتمل أن يكون الفرع المراد استنباط حكمه من القاعدة من ضمن المستثنيات[٢] .

٢- إن هذه القواعد ثمرة للفروع المختلفة ، وجامع ورابط لها ، وليس من المعقول أن يُجْعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلاً من أدلة الشرع [٣] .

٣- إن القواعد والضوابط الفقهية لا تستند إلى نصوص شرعية ، وإنما تستند إلى استقراء ناقص للفروع الفقهية ، وبالتالي فهي لا تفيد اليقين ، والبعض الأخر منها يستند إلى الاجتهاد ، وهو يحتمل الخطأ فتعميم حكم القاعدة على جميع الفروع فيه نوع من المجازفة[٤] .

القول الثالث : يرى ضرورة التفصيل في المسألة على النحو التالي[٥] :

أولا :إن القواعد التي هي نصوص شرعية سواء كانت صياغتها واحدة أم مع تغير الصياغة ،

= الطلاق بعدها" .القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس ، (ت ٦٨٤هـ /١٢٨٥م) ، الفروق ، ط١ ، ٤م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ج٤ ، ص٩٨ .

- أما الشاطبي فيقول : كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يُبنى عليه ويرجع إليه ، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعا به ، الشاطبي ، الموافقات ، ج١ ، ص٣٧ .

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص٨٤ .

(٢) البورنو ، محمد صدقي ، (٢٠٠٠م) ، موسوعة القواعد الفقهية ، ط٢ ، ٦م ، مكتبة التوبة ، دار ابن حزم ، ج١ ، ص٤٥ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٢٩٤ .

(٣) الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص٢٧٢ .

(٤) الكيلاني ، حجية القواعد الفقهية ص٨٦ .

(٥) هذا وقد ذهب شارح مجلة الأحكام العدلية إلى أن الأصل في القاعدة الفقهية عدم اعتبارها دليلاً شرعياً مستقلاً في استنباط الأحكام ما لم تكن القاعدة الفقهية نصاً صريحاً من الكتاب ،أو السنة الصحيحة ، فعندها تعتبر دليلاً شرعياً يجب الأخذ به ، ولذا جاء في تقرير لجنة إعداد المجلة بأن المقالة الثانية من المقدمة هي :عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم ، ومن سلك مسلكه من الفقهاء – رحمهم الله تعالى– فحكام الشرع ما لم يقفوا على نص صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد " .
حيدر ، علي (١٩٩١م) ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ط١ ،٤م ، دار الجيل ، بيروت ج١، ص١١ .

بحيث لا تؤثر في المعنى ، تعتبر حجة ودليلاً تستنبط منه الأحكام الشرعية ، أو يرَّجح بعضها على بعض ، شأنها في ذلك شأن النصوص نفسها عامة كانت أو خاصة [١] .

ثانياً: أما القواعد المستنبطة فيفرق هنا بين أمرين :

الأمر الأول :أن تكون هذه القواعد مستفادة من استقراء النصوص الشرعية ، فهذا يلحق بالقسم الأول ، أي يأخذ حكم القواعد المستنبطة من النصوص الشرعية [٢] ، وذلك نظراً لكثرة الأدلة التي تنهض بمعناه .

الأمر الثاني : أن تكون هذه القواعد مستفادة من استقراء تراث العلماء الفقهي ، أي أن دليلها لا يعدو مجرد كونه فروعاً فقهيةً واردةً في أبواب الفقه ، وهنا قد اختلف أصحاب القول الثالث على قولين :

القول الأول : يرى عدم اعتبارها دليلاً شرعياً [٣] .

القول الثاني : يرى أن المعيار الذي ينبغي الاحتكام إليه في صلاح القاعدة ، أو عدم صلاحها للاستدلال ، هو مدى سلامة المعنى وصحة المضمون ، الذي عبرت عنه القاعدة الفقهية ، وحددته وضبطته ، ثم النظر في مدى تحقق ذلك المعنى في الوقائع والجزئيات التي يراد الكشف عن حكمها الشرعي ، وتتم دراسة المعنى والمضمون على ضوء الدليل الذي أرشد إليها [٤] .

* المناقشة والترجيح :

أولاً: مناقشة أصحاب القول الأول :

١- فإن القول بعدم حجية القاعدة الفقهية مطلقاً ، قول يحتاج إلى إعادة نظر ، ذلك أنه ظهر فيما سبق بيانه عند الحديث عن مصادر القواعد الفقهية أن منها ما يرجع إلى نصوص القران الكريم، والسنة النبوية الصحيحة ، فكيف يستقيم القول هنا بعدم حجية القاعدة الفقهية مطلقاً ؟ وقد تكون هذه القاعدة نصاً من القران ، أو من السنة الصحيحة .

٢- أما القول بأن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية فقد سبق أن أشرنا إلى ذلك ، وذكرنا توجيه الإمام الشاطبي لهذا الأمر [٥]، وتبين أن خروج بعض الجزئيات عن القاعدة لا يقدح في كليتها.

---

(١) الكيلاني ،حجية القواعد الفقهية ، ص٨٦ .

(٢) الكيلاني ،حجية القواعد الفقهية ص٨٦ ، الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص٢٧٨ .

(٣) الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص٢٧٩ .

(٤) الكيلاني ، حجية القواعد الفقهية ، ص٩٧ .

(٥) انظر : ص ١٤ من هذه الأطروحة .

٣- أما القول بأنه ليس من المعقول أن يجعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلاً من أدلة الشرع ، فإن الحق هو العكس تماماً ، فإذا كان الدليل الجزئي هو حجة بذاته ، ويصحُ الاستدلال به فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجيَّة في القاعدة الفقهية التي أرشد ت إليها مجموع الأدلة .

ثانياً : مناقشة أصحاب القول الثاني :

فإنه على الرغم من وجاهة هذا القول ، إلا أن إطلاق القول بحجية القواعد الفقهية وجعلها دليلاً شرعياً ، يستنبط منه الأحكام الشرعية قول يحتاج إلى تفصيل ومزيد نظر، ذلك أن هذا يصدق إذا كانت القاعدة الفقهية مستمدة من القران الكريم ، أو السنة الصحيحة ، أما أن تكون القاعدة الفقهية مستفادة من الفروع التي ذكرها الفقهاء في كتبهم دون أن يؤيدها دليل ، فإن هذه القاعدة لا ترتقي لأن تصبح دليلاً شرعياً ، ولكن يُسْتأنس بها في الترجيح بين الآراء وتفريع الأحكام وتخريجها .

إذا تقرر ما سبق فإنه يمكن الجمع، بين الأقوال السابقة ، فالقول الأول يمكن حمله على القواعد الاجتهادية المختلف فيها بين الفقهاء ، والتي لم يكن أصلها نصاً من كتاب ، أو سنة أو لم تكن تستند إلى أدلة صريحة من كتاب، أو سنة ، فإنه لا يعقل لعالم أن يرد آية ، أو سنة صحيحة ، وإن كان على صورة قاعدة فقهية ، وأما القول الثاني فيمكن حمله على القواعد الفقهية التي أصلها آية ، أو سنة صحيحة ، أو أنها تستند إلى أدلة صريحة من القران ، أو السنة وعليه فإن الرأي الراجح هو أن القاعدة الفقهية التي تستند إلى دليل من الكتاب ، أو السنة الصحيحة هي قواعد يمكن الاحتجاج [١] بها مع ملاحظة أن الحجة تكون للدليل وليست للقاعدة [٢] بمعنى أنه لولا وجود النص الشرعي لما كان للقاعدة حجة ،وأما القواعد الفقهية التي لا تستند إلى نص صريح فيمكن الاستئناس بها في الفتيا والقضاء والله أعلم .

---

(١) الكيلاني ، حجية القاعدة الفقهية ، ص٩٨ .

(٢) الصلاحين ، عبد المجيد ، (٢٠٠٣م) ، مذكرة في القواعد الفقهية ، غير منشورة ، محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية ، كلية الشريعة ، ص٦ .

المطلب الثالث :

أهمية القواعد الفقهية :

إن دراسة القواعد الفقهية من أهم العلوم التي ينبغي لطالب العلم أن يحرص عليها ولذا فإنني سوف أورد بعض أقوال أهل العلم في بيان أهمية دراسة القواعد الفقهية ومن أهم هذه الأقوال :

١- يقول القرافي: " وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع بقدر الإحاطة بها ، يعظم قدر الفقيه ويشرَّف ويظهر رونق الفقه ويُعرف ، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشفُ فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء ، وحاز قصب السبق من فيها برع " [١] .

٢- ويقول السبكي : حقٌ على طالب العلم التحقيق ، ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور و التصديق أن يحكّم قواعد الأحكام ، ليرجع إليها عند الغموض ، وينهض بعبء الاجتهاد أتم نهوض ، ثم يؤكدها بالاستكثار من حفظ الفروع ، لترسخ في الذهن مثمرة عليه بفوائد غير مقطوع فضلها ولا ممنوع ، أما استخراج القوى وبذل المجهود في الاقتصار على حفظ الفروع من غير معرفة أصولها ونظم الجزئيات بدون فهم مأخذها ، فلا يرضاه لنفسه ذو نفس أبيه ولا حامله من أهل العلم بالكلية [٢] .

٣-ويقول السيوطي : " إعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يطّلع على حقائق الفقه ، ومداركه ومأخذه وأسراره ويتمهر في فهمه واستحضاره ، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة ، والحوادث ، والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان ، ولهذا قال بعض أصحابنا : الفقه معرفة النظائر[٣].

وهنا يرى الباحث أن هذه النقول عن العلماء هي غيض من فيض في بيان أهمية القواعد الفقهية وفوائدها [٤] ، ولذا فإن أهمية القواعد الفقهية تظهر في النقاط التالية:

١- إنها تُسَهِّل على الفقيه حفظ وضبط الفروع الفقهية المتناثرة ، ومعرفة أحكامها والإلمام بها

---

(١) القرافي ، الفروق ، ج١ ، ص٦ .

(٢) السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص١٠

(٣) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٩ .

(٤) الشال ، إبراهيم علي ، (٢٠٠١م) ، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، إشراف الدكتور عمر الأشقر ، ص٣٢ .

حيث أنه يصعب على الفقيه معرفة جميع المسائل ، وذلك لكثرتها وتشعبها [١] ، ولذا يقول القرافي :ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لاندراجها في الكليات [٢].

ويقول الزركشي :" فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أوعى لحفظها ، وأدعى لضبطها " [٣] .

٢- تكوِّن لدى طالب العلم ملكة فقهية تنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسع ومعرفة الأحكام الشرعية في المسائل المعروضة عليه ، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة والمشاكل المتكررة ، والحوادث الجديدة [٤] ، وفي ذلك يقول ابن رجب: إنها تضبط للفقيه أصول المذاهب ، وتطلعه على مآخذ الفقه على ما كان عنده قد تغيب ، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد ، وتقيد له الشوارد وتقّرب عليه كلَّ متباعد [٥] .

٣- المحافظة على وحدة المنطق العام للفقه الإسلامي ودفع التناقض عنه ، ولذا قال القرافي : " ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت ، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت ، ومن ضبط الفقه بقواعده ، استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لاندراجها في الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب ٠٠ ، فبين المقامين شأو بعيد وبين المنزلتين تفاوت شديد "[٦] ، وعليه فإن دراسة القواعد الفقهية ورد الجزئيات إلى الكليات يحافظ على وحدة المنطق العام للفقه ، ويدفع التناقض عنه ، فالواجب على الفقيه أن لا ينظر إلى الجزئيات منفردة دون ربطها بالكليات [٧] ، ولذا يقول الشاطبي : "فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات ، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها" [٨] .

---

(١) علوان ، القواعد الفقهية ص٣٣ ، الباحسين ، القواعد الفقهية ص١٥ ، الروكي ، قواعد الفقه الإسلامي ص٣٣، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٢٥ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٦٧ .

(٢) القرافي ، الفروق ، ج١ ، ص٧ .

(٣) الزركشي ،محمد بن بهادر ، (٧٩٤هـ /١٣٩٣م) ، المنثور في القواعد ،٣م ، (تحقيق : تيسير أحمد) ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ١٩٨٥م ، ج١، ص٦٥ .

(٤) الزحيلي ، القواعد الفقهية ص٢٦ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٧٦ .

(٥) ابن رجب ، عبد الرحمن الحنبلي ،(ت٧٩٥ هـ/ ١٣٩٣م) القواعد ، ط١ ، ١م، مطبعة الصدق الخيرية مصر ، ١٩٩٣م ، ص٣ .

(٦) القرافي ، الفروق ، ج١ ، ص٧ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ج٢ ،ص٩٦٨ .

(٧) شبير ، القواعد الكلية ، ص٧٩ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ص٢٦ .

(٨) الشاطبي ، الموافقات ،ج٢ ، ص٧ .

٤- إنَّ القواعد الكلية تُسَهِّل على رجال التشريع غير المختصين بالشريعة فرصة الإطلاع على الفقه بروحه ، ومضمونه ، وأسسه ، وأهدافه ، وتقدم العون لهم ، لاستمداد الأحكام منه ومراعاة الحقوق والواجبات فيه [١] ، وهذا ما حققته القواعد الفقهية في مجلة الأحكام العدلية ، والتي انتقلت إلى العديد من القوانين المعاصرة [٢] .

٥- إنَّ دراسة القواعد الفقهية يتيح الفرصة للفقيه الاطلاع على الكثير من مقاصد التشريع وحكمه ، فمثلاً : قاعدة " الضرر يزال " ، وقاعدة " المشقة تجلب التيسير " ، تدل على مقصد رفع الحرج في الشريعة الإسلامية السمحة [٣] ،وقس على ذلك بقية القواعد الفقهية المختلفة.

٦- معرفة القواعد الفقهية يسهل على العالم بها ، إبطال دعوى أولئك الذين يغمضون الفقه الإسلامي حقه ، وينقصونه قدره ، ويرمونه بأنه حلول جزئية ، وليس قواعد كلية [٤] ، فالقواعد والضوابط الفقهية مرحلة ممهدة لصياغة النظريات الفقهية ، ومن ذلك مثلاً نظرية التعسف في استعمال الحق وغيرها [٥] .

٧- إن دراسة القواعد الفقهية ، يوفر على الباحث الوقت والجهد في معرفة أحكام المسائل الفرعية التي تندرج تحت هذه القاعدة ٠

ومن هنا يرى الباحث أن دراسة القواعد الفقهية تحتل مكانة مرموقة ، ومنزلة رفيعة في الفقه الإسلامي ٠ يجب على طالب العلم أن يخوض في أعماقه ، ليستخرج منه اللؤلؤ والمرجان فيعظم قدره ويرتفع شأنه في الدنيا والآخرة .

---

(١) الصابوني ، محمد علي ، (١٩٨٤م) ، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ، ط٤ ، ٢م ، جامعة دمشق ، دمشق ، ج١ ، ص٢٩٦ .

(٢) الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٢٦ .

(٣) علوان ، القواعد الفقهية الخمس الكبرى ، ص٣٢ .

(٤) كامل ، القواعد الفقهية الكبرى ، ص٦٠ .

(٥) الزحيلي ، النظريات الفقهية ، ص٢٠١ .

أهمية القواعد الفقهية في الإفتاء والقضاء :

القاعدة الفقهية التي لا تستند إلى نص صريح من القرآن ، أو الـسنة ، أو الإجمـاع لا تصلح لأن تكون دليلاً شرعياً مستقلاً ، وإنما هي شواهد للاستئناس ، وتنبيه القرائح ، لا معالم للاستدلال وبناء الأحكام وفق مضامينها (١) ، ومع ذلك ينبغي لمن ينصب للقـضاء والفتيـا أن يكون ملماً بها، حتى يتمكن من الإحاطة بكثير من الفروع الفقهية القضائية (٢) .

ولذا فقد اتجهت عناية المفتين والقضاة أن يذكروا هذه القواعد ويقرنوهـا بفتـاواهم أو قضاياهم عند الفصل بين المتخاصمين ، وحسم النزاع ، إلى جانب النصوص الفقهية والـشواهد التي يستندون إليها ، حتى إذا نظرت إلى ما روي عن القضاة في مسائل وقضايا وجدت كثيـراً منها موجهة بقاعدة من القواعد (٣) ، ومن ذلك على سبيل المثال :

ما ذكره الماوردي في شروط ولاية القضاء :"...فإن امتنع هذا المنفرد بشروط القضاء من الإجابة إليه ، أجبره الإمام عليه ، لتعين فرضه "، ثم قال :" ومن تعين عليه فرض أخذ بـه جبراً " (٤) .

فكان ذلك بمثابة قاعدة وضعها الماوردي ، ومن تبعه في ذلك في باب القضاء ، حتـى يصان حقوق الناس عن الضياع، ويتولى مثل هذا المنصب الرفيع الخطير من هو أهل لذلك(٥).

---

(١) الكيلاني ، حجية القواعد الفقهية ، ص٨٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص١٧ .

(٢) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٢٩٦ .

(٣) انظر هذه الأمثلة في المرجع السابق ، ص٢٩٩ .

(٤) الماوردي ، أبو الحسن علـي بن حبيب ، (ت ٤٥٠هـ/١٠٨٥م) ، أدب القاضي ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق : محيي هلال السرحان) ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٧١م ، ج١ ، ص١٤٣ .

(٥) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٣٠٢ .

الفصل الأول :

الحكم القضائي ، مفهومه ، مقوماته في الشريعة الإسلامية والقضاء الشرعي الأردني:

المبحث الأول : مفهوم الحكم القضائي :

المطلب الأول : الحكم لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : القضاء لغة واصطلاحاً.

المطلب الثالث : مفهوم الحكم القضائي .

المبحث الثاني : مقومات الحكم القضائي :

المطلب الأول : الحاكم .

المطلب الثاني : المحكوم له .

المطلب الثالث : المحكوم عليه .

المطلب الرابع : المحكوم فيه .

المطلب الخامس : المحكوم به .

المطلب السادس : طريق الحكم .

الفصل الأول :

الحكم القضائي ، مفهومه ومقوماته :

المبحث الأول :

مفهوم الحكم القضائي :

الحكم القضائي مركب من صفة ، وموصوف وحتى ندرك مفهومه لا بد من معرفة كلّ من الحكم والقضاء لغة واصطلاحاً ، ومن ثم الخروج بتعريف للحكم القضائي ، ولذا يمكن تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول :

مفهوم الحكم لغة ، واصطلاحاً:

أولاً : مفهوم الحكم لغةً :

الحُكْم بضم الحاء وسكون الكاف مصدر فعله حَكَمَ ، وله في اللغة العربية معانٍ متعددة أهمها :

١ – المنع : يقال حكمت وأحكمت بمعنى منعت ، ومن هنا قيل : للحاكم بين الناس حاكم ؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم [١] ، كما سميت الحديدة التي تحيط بحنكي الدابة حكمة اللجام ؛ لأنها تمنعه من الجري الشديد ، ومخالفة راكبه [٢] .

وحَكَمْتُ السفيه ، وأحكمته إذا أخذت على يديه وبصرته ما هو عليه[٣]، ولذا قال جرير[٤]:

أبني حنيفة أحكموا سفهاءكم　　　　إني أخاف عليكم أن أغضبا

أي ردوهم وكفوهم وامنعوهم من التعرض لي [٥] وقيل :" حكِّم اليتيم كما تحكِّم ولدك " أي امنعه من الفساد ، وأصلحه كما تصلح ولدك ، وكما تمنعه من الفساد [٦] .

([١]) ابن منظور: لسان العرب ،باب حكم ،ج١٢، ص ١٤١ ، الكفوي، الكليات ، ص٣٨٠ ، الفيومي ، المصباح المنير، ج١، ص١٤٥.

([٢]) ابن منظور : لسان العرب ،ج٢، ص١٤٤ ، الفيومي ، المصباح المنير، ج١، ص١٤٥ .

([٣]) الزمخشري ، أساس البلاغة ، ص٩١، ابن منظور ، لسان العرب ، ج١٢ ، ص ١٤٤ .

([٤]) ابن منظور ، لسان العرب ، باب الحكم ، ج ١٢ ، ص١٤٤ .

([٥]) ابن منظور، لسان العرب ، باب حكم ، ج١٢، ص ١٤٣ ، الزمخشري ، أساس البلاغة ، ص٩١ .

([٦]) القونوي ، قاسم بن عبد الله (ت ٩٧٨ هـ/١٥٧٠م) ، أنيس الفقهاء ، ط١ ، ام ، (تحقيق :أحمد بن عبد الرزاق)، دار الوفاء ، جده ، ١٤٠٦هـ ، ص٢٣٢ ، ابن منظور ، لسان العرب ، باب حكم ، ج١٢ ، ص١٤١ ، الرازي ، مختار الصحاح ، ص٨٠ .

٢ – القضاء : الحكم مصدر قولك حكم فيهم يحكم أي قضى ، وحكم له وحكم عليه ، وفيه قال الذبياني [١]:

واحكم كحكم فتاة الحيِّ إذ نظرت   إلى حمام سراع وارد الثمد [٢]

والحاكم منفذ الحكم والجمع حكام ، والمحاكمة المخاصمة إلى الحاكم ، وحكمت بين القوم فصلت بينهم ، فأنا حاكم [٣] .

وهناك معانٍ أخرى كثيرة للحكم ، ذكرها أهل اللغة في كتبهم لا داعي لذكرها ، ومن أراد المزيد فليرجع إليها [٤] .

---

(١) الذبياني : زياد بن معاوية ،(١٩٦٠م) ، ديوان النابغة الذبياني ، ١م ، (تحقيق : أكرم البستاني) ، دار صادر ، بيروت ، ص ٣٠ .

(٢) معناه كن حكيما كفتاة الحي أي: إذا قلت فأصب كما أصابت هذه المرأة إذا نظرت إلى الحمام فاحصتها ولم تخطئ عددها : ابن منظور لسان العرب ، باب حكم ، ج١٢ ، ص١٤١ .

(٣) ابن منظور ، لسان العرب ، باب حكم ، ج١٢ ، ص١٤٢ .

(٤) منها: العلم ، والفقه ، والحكمة ، وبلوغ النهاية ، والإتقان ، والإحكام ،انظر هذه المعاني في :ابن منظور لسان العرب ، باب حكم ، ج١٢، ص١٤١ ، الفيومي ، المصباح المنير ج١، ص١٤٥ ، الرازي ، مختار الصحاح ، ص٨٠ .

ثانياً : مفهوم الحكم اصطلاحاً :

إن تحديد مفهوم الحكم اصطلاحا يختلف بحسب العلم الذي يستخدم هـذا المـصطلح [١] فالأصوليون مثلا [٢] ، يريدون بالحكم غير ما يريده الفقهاء [٣] ، وما يهمنا هنا هو بيان معنـى الحكم في القضاء بالمعنى الذي سيتضح معنا فيما بعد إن شاء الله تعالى [٤] .

---

(١) أبو البصل ، عبد الناصر موسى ، (٢٠٠٠م) ، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ، ط١ ، ١م، دار النفائس ، الأردن ، ص١٩ .

(٢) فالحكم عندهم : هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء ، أو التخيير ، أو الوضع ٠ صدر الشريعة التنقيح في أصول الفقه ،ج١ ، ص٢٢ .

(٣) فهو عندهم : خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين كالوجوب والحرمة وغيرهما .

– عبد المنعم ، محمود عبد الرحمن ، معجم مصطلحات الألفاظ الفقهية ١م ، دار الفضيلة ، القاهرة ، ص٨٥ .

(٤) انظر معنى الحكم القضائي ، ص ٤١ من هذه الأطروحة .

المطلب الثاني :

مفهوم القضاء لغةً واصطلاحاً :

أولاً: مفهوم القضاء لغة :

القضاء [١] مصدر فعله قضى ، وهو في اللغة يأتي على معانٍ متعددة [٢]، أهمها:الحكم ومنه قوله تعالى:(وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً ﴾ [٣] أي أمر ربك وحتم [٤].

والقاضي معناه في اللغة : القاطع للأمور المحكم لها ، واستقضى فلان أي جعل قاضيا يحكم بين الناس ، وقاضيته أي حاكمته ، وقضى يقضي قضاء ، فهو قاضٍ إذا حكم وفصل [٥] .

---

(١) القضاء أصله قضاي لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت والجمع أقضيه .
- ابن منظور ، لسان العرب ، باب قضى ، ج١٥ ، ص١٨٦ ، القوتوي ، أنيس الفقهاء ، ص٢٢٩ .
- النفراوي ، أحمد بن غنيم (ت١١٢٥ هـ/١٦٤٣م) ، الفواكه الدواني ، ٢م ، دار الفكر ، بيروت ١٤١٥هـ ، ج٢ ، ص٢١٩ .

(٢) والقضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه ، ومنها : التقدير ، والخلق قال تعالى: " فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ " (فصلت آية ١٢) أي خلقهن ، ومنها الفراغ تقول : قضيت حاجتي ،أي فرغت منها، ومنها الأداء تقول: قضيت الحج والدين أي أديته ومنها قوله تعالى: " فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ "(البقرة آية ٢٠٠) أي أديتموه ، ومنها الإعلام والتبيين قال تعالى: " وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ " (الإسراء آية (٤) انظر هذه المعاني وغيرها : ابن منظور ، لسان العرب ، باب قضى ، ج١٥ ، ص١٨٦ ، وما بعدها ، الرازي ،مختار الصحاح، ص٢٦٧ ، الفيومي، المصباح المنير ج٢ ، ص ٥٠٧ ، إبراهيم مصطفى ، المعجم الوسيط ، ج٢ ، ص٧٤٩، الكفوي ، الكليات، ص٧٠٥ .

(٣) سورة الإسراء آية (٢٣) .

(٤) ابن منظور ، لسان العرب ، باب قضى ، ج١٥ ، ص١٨٦ .

(٥) المرجع السابق ، الفيومي ، المصباح المنير ، ج٢، ص٥٠٧ .

ثانيا: مفهوم القضاء اصطلاحاً :

أما مفهوم القضاء اصطلاحاً فقد عرفه الفقهاء بتعاريف كثيرة أهمها :

١ – " فصل الخصومات وقطع المنازعات "[١] .

٢ – " الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله ﷻ" [٢].

٣ – " الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام " [٣] .

٤ – " فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى" [٤] .

٥ – " الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات " [٥] .

ويلاحظ أن هذه التعريفات تكاد تتفق على النقاط التالية [٦] :

١ – القضاء هو الإخبار عن حكم الله تعالى في القضية، وإظهار الحق المدعى به بين الخصمين .

٢– القضاء فيه إلزام للطرفين .

٣ – هدف القضاء هو فصل الخصومة وقطع النزاع .

ولذا يمكن أن نختار تعريفاً للقضاء يجمع بين هذه المعاني بأنه :"فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام" [٧] .

---

(١) ابن الشحنة، إبراهيم بن أبي اليمن، (ت ٨٨٢هـ/١٤٧٧م) ، لسان الحكام في معرفة الأحكام ، ط٢، ١م مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٩٧٣ م ،ج١ ، ص٢١٨ .

– الزيلعي ،عثمان بن علي ، (ت٧٤٣هـ /١٣٤٢م) ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ط١، ٧م(تحقيق:أحمد عنايه) ، دار الكتب العلمية بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج٥ ، ص٨١ .

(٢) الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، (ت ٥٨٧ هـ/١١٩١م) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط٢، ٦م ، (تحقيق : محمد درويش) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ج٥ ، ص٤٣٨ .

(٣) الحطاب ، محمد بن عبد الرحمن ، (ت ٩٥٤هـ/١٥٤٧م) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ط٢ ، ٦م، دار الفكر بيروت ، ١٣٩٨هـ ، ج٦ ، ص٨٦ .

(٤) الشربيني ، محمد بن أحمد الخطيب، (ت٩٧٧ هـ/١٥٦٩م) ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ٤م دار الفكر ، بيروت ، ج٤، ص٣٧١ .

(٥) البهوتي ، منصور بن يونس ، (ت ١٠٥١هـ/١٦٤١ م) ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ط١ ، ٦م ، (تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م، ج٦، ص٣٦٢ .

(٦) الزحيلي ، محمد ، (٢٠٠٢م) ، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، بيروت ، ط٢ ، ١م ، دار الفكر ، دمشق ، ص٦١ .

(٧) ياسين ، محمد نعيم ، (١٩٩٩م) ، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ط١، ١م ، دار النفائس ، الأردن ، ص٢٨ .

المطلب الثالث :

مفهوم الحكم القضائي :

اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الحكم القضائي ، وانقسموا في ذلك إلى فريقين :

الفريق الأول : جعل القضاء والحكم بمعنى واحد، ولم يجعل لكل واحد منهما تعريفاً خاصاً به[١] وذلك لأن القضاء في حقيقته يدور على معنى الفصل بين المتخاصمين [٢] ، فضلاً عن أن اللغويين يطلقون الحكم على القضاء والقضاء على الحكم كما مر سابقاً .

الفريق الثاني : أفرد تعريفاً خاصاً بالحكم القضائي ، بالإضافة لتعريف القضاء نفسه ومن هذه التعريفات :

عرَّفه ابن الغرس الحنفي :" بأنه الإلزام في الظاهر على صفة مختصة بأمر ظن لزومه في الواقع شرعاً " [٣] .

وعرفه القرافي :" بأنه إنشاء إطلاق ، أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا" [٤] .

وعرفه ابن عرفة : "بأنه جزم القاضي بحكم شرعي على وجه الأمر به" [٥] .

---

(١) القاري ، أحمد بن عبد الله (ت ١٣٥٩ هـ/١٩٤٤م) ، مجلة الأحكام الشرعية ، ط١، ١م ، (تحقيق : عبد الوهاب أبو سليمان / محمد إبراهيم) ، مطبوعات تهامه ، السعودية ، ١٩٨١م ، ص٥٩٠ ، حيث نصت المادة (٢٠٠٩) القضاء والحكم هو الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومة بتبينه .

(٢) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٣٤ .

(٣) انظر: شرح هذا التعريف ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص٧ .

- ومما يتجه على هذا التعريف : أنه لم يتعرض لحقيقة الحكم القضائي والتي هي في الأصل فصل الخصومة ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي، ص٣٧ .

(٤) القرافي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس ، (ت٦٨٤هـ/١٢٨٥م) ، الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، ط١، ١م ، مطبعة الأنوار ، مصر ، ص٢ ، ومما يتجه على هذا التعريف أنه جعل الإطلاق في مقابل الإلزام في حين يكون الإطلاق متضمناً للإلزام ، وبالتالي يكون الاقتصار على الإلزام كافيا في التعريف، ثم إنه يتحدث عن الحكم الذي يحوز الحجية المطلقة لا مطلق الحكم ، فالحكم من حيث الماهية قد يوجد ، ولكنه يعتبر باطلاًغير معتد به ، فالحكم المخالف للإجماع لا يدخل في تعريف القرافي ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤١ .

(٥) الرصاع ،أبو عبد الله محمد الأنصاري ، (ت ٨٩٤هـ /١٤٨٩م) ، شرح حدود ابن عرفه ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق :محمد أبو الأجفان/الطاهرالمعموري)، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٣م ، ج٢ ، ص٥٦٨، ومما يتجه على هذا التعريف : أنه وسع من نطاق الحكم بحيث يدخل فيه كل الأحكام الشرعية في حين أن=

وعرفه الدردير : "بأنه الإعلام على وجه الإلزام "[١] .

وعرفه ابن حجر الهيتمي :" بأنه ما يصدر من متولٍ عموماً وخصوصاً راجعاً إلى عـــام مـــن الإلزامات السابقة له في القضاء على وجه مخصوص "[٢].

وعرفه البهوتي : " بأنه فصل الخصومات "[٣] .

سادساً: تعريف مجلة الأحكام العدلية :

" الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها " [٤] .

= الحكم القضائي مقتصر على فصل ما يقع فيه النزاع والخصومة ، كما أنه لا يشمل على حكم المحكم ، ولم يتطرق إلى أهم ما يميز الحكم القضائي ،وهو فصل الخصومة ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ص٤٢

(١) الدردير ، أبو البركات سيدي أحمد ، (ت ١٢٠١هـ/١٧٨٧م) ، الشرح الصغير ،٤م ، (تحقيق: مصطفى كمال) ، منشأة المعارف ، مصر ، ج٤ ، ص١٨٧، ومما يتجه علـــى هذا التعريف ، عـــدم إيراده فصل الخصومة ، وهي الأصل في الأحكام القضائية ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٥ .

(٢) الهيتمي ، أحـــمـــد بن حجر ، (ت ٩٧٦هـ/١٣٩١م) ، الفتاوى الفقهية الكبرى ٤م ، دار الكتب العـــلمية ، بيروت ، ١٩٨٣م ، ج٢ ، ص١٩٨.

ومما يتجه على هذا التعريف أنه يصدق علـــى معظم أعمال القضاء وإن لـــم تتضمن أحكاماً ، كما أنه قـــد خلا عن أهم ما يميز الحكم القضائي ، وهو فصل الخصومة ، وألفاظه يكتنفها الغموض فتحتاج إلـــى الشرح والتفصيل ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٧ ٠

(٣) البهوتي ، منصور بن يونس (١٠٥١هـ /١٦٤١م) ، شرح منتهى الارادات ، ط٢ ،٣م ، عـــالـــم الكتب ، بيروت ، ١٩٩٦م ، ج٣ ، ص٤٨١ .

ومما يتجه على هذا التعريف أنه لم يشتمل على الإلزام التي هي ما يميز الحكم القضائي ٠

(٤) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٧٣ ، المادة (١٧٨٦).

هذا وقد أضاف شارح المجلة علي حيدر قيداً جديداً في التعريف فقال الحكم هـــو: عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها علـــى الوجه المخصوص وذلك لإخراج الصلح الـــذي يجري بين الخصمين لأن الـــوجه المخصوص هـــو لفظ القاضي ألزمت ، أو حكمت ، أو نفذت عليك القضاء ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٧٤ ،ومما أُخذ علـــى هذا التعريف أ نه لا يشمل الحكم الصادر من المحكم ، أبو البصل ،نظرية الحكم القضائي ، ص٣٩ .

- **تعريف بعض المعاصرين للحكم القضائي :**

أولاً: تعريف محمد زيد الأبياني بأنه: " الحكم هو الإلزام" [١].

ثانياً: تعريف علي قراعه بأنه: " ما يصدر من القاضي لإفادة لزوم الحق وثبوته " [٢].

ثالثاً: تعريف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: " فصل الخصومة وحسم النزاع بقول أو فعل يصدر عن القاضي بطريق الإلزام" [٣].

رابعاً: تعريف الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين بأنه " فصل الخصومة بقول أو فعل ،يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام" [٤] .

خامساً : تعريف الأستاذ الدكتور عبد الناصر أبو البصل بأنه : ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه ، فاصلاً في الخصومة متضمنا إلزام المحكوم عليه بفعل ،أو بالامتناع عن فعل أو إيقاع عقوبة على مستحقها أو تقرير معنى في محل قابل له [٥] .

---

(١) الأبياني : محمد زيد ، (ت١٣٥٤هـ/١٩٣٩م) ، مباحث المرافعات الشرعية ، ط٣، ام ، ١٩٢م،ص١٧٦
ومما أخذ على هذا التعريف أنه ذكر صفة واحدة من صفات الحكم القضائي وهي الإلزام، وبذلك فهو لا يتميز عن غيره فالحكم الشرعي ملزم وحكم السلطان ملزم ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٩.

(٢) قراعه ، علي ، (١٩٢٥م) ، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، ط٢، ام ، مطبعة النهضة ، مصر ، ص٢٨١ • ومما أخذ على هذا التعريف أنه لم يذكر صفة الحكم الأصلية ، وهي فصل الخصومة كما أنه لا يشمل حكم المحكّم ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٩ .

(٣) الزحيلي ، وهبة مصطفى ، (١٩٨٤م) ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ط١، ٨م ، دار الفكر ، دمشق ، ج٦، ص٧٨٥ .

(٤) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٦٤٣ • ومما أخذ على هذا التعريف أنه لا يشمل الحكم الضمني ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٥٢ ، ولكن يمكن القول بأن قيد فصل الخصومة مطلق فيشمل الحكم الضمني وغيره .

(٥) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٥٢ .
وقد يؤخذ على التعريف الإطالة والتكرار فقوله فاصلاً في الخصومة يغني عن قوله متضمنا إلزام المحكوم عليه بفعل .... .

التعريف المختار :

من خلال ما سبق من تعريفات للحكم القضائي فإن التعريف المختار من بين هذه التعريفات هو" فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام" (١) .

وذلك لأن هذا التعريف يشمل عناصر الحكم القضائي وهي :

أولاً: فصل الخصومة ، وهي تبين ماهية الحكم القضائي ، فالقضاء ما وجد إلا لفصل الخصومات ، وقد يكون الحكم بالقول أو الفعل .

ثانياً: أن يصدر الحكم عن القاضي ومن في حكمه ، يشمل كل شخص تتوافر فيه شروط إصدار الحكم القضائي كالقاضي والمحكّم .

ثالثاً: الإلزام وهذا أهم ما يميز الحكم القضائي عن غيره كالفتوى مثلا ، إذ لا معنى للقضاء ما لم يكن ملزماً.

---

(١) ياسين ، محمد نعيم ، (١٩٨٤) ، حجية الحكم القضائي ، ط١، ١م ، دار الفرقان ، عمان ، ص٨ ، نظرية الدعوى، ص٦٤٣ .

تعريف الحكم القضائي عند علماء القانون :

عُرِّفَ الحكم القضائي عند علماء القانون بعدة تعريفات أذكر أهمها :

أولاً : هو القرار الصادر عن محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في منازعة معينة ، بما لها من سلطة قضائية ، بحيث يكون من شأنه حسم النزاع فيها بما يتفق وحقيقة مراكز الخصوم ، بحيث يبين حقوق كل منهم ، وذلك وفق إجراءات معينة حددها القانون [١] .

ثانياً :هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ، ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات ، سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أم في شقٍّ منها ، أو في مسألة متفرعة عنه [٢] .

ثالثاً : " كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية ، وذلك أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم ، وأياً كان مضمونه " [٣] .

رابعاً: " هو القرار الصادر عن سلطة قضائية مؤلفة قانونياً ، ومضافاً لقواعد الأصول" [٤] .

ومما يمكن ملاحظته ومن خلال المقارنة بين تعريف الفقهاء وبين تعريف علماء القانون للحكم القضائي نجد أن تعريف الحكم القضائي لدى الفقهاء أكثر وضوحاً بحيث اشتمل على عناصر الحكم القضائي .

---

(١) شوشاري ،صلاح الدين ، (٢٠٠٢م) ، الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط١ ، ١م ، دار المناهج للنشر والتوزيع ، الأردن ، ص٣٣٠ .

(٢) أبو الوفا ، أحمد ، (١٩٨٩م) ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، ط٦ ، ١م ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص٣٢ .

(٣) والي ، فتحي ، (١٩٧٧م) ، قانون القضاء المدني الكويتي ، ١م ، مطبعة جامعة الكويت ، ص٣٥٨ .

(٤) القضاة ، أحمد مفلح ، (١٩٩٢م) ، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي الأردني ، ط٢، ١م ، مكتبة دار الثقافة ،عمان ، ص٣٠٣ .

المبحث الثاني

مقومات الحكم القضائي :

يقصد بمقومات [١] الحكم القضائي أطرافه ، وما يستلزمه من أمور ، بحيث لو انعدم واحد منها لما وجد الحكم ، أو يكون عرضة للنقض والإبطال [٢] .

هذا ومن خلال الإطلاع على كتب الفقهاء التي تناولت هذا الموضوع ، فإنهم قد انقسموا في تسمية هذه المقومات إلى قسمين :

الأول : أركان القضاء أو الحكم [٣] .

الثاني : أطراف القضاء أو الحكم [٤] .

ولعل تسمية أطراف القضاء أصوب وذلك لما يلي :

أولاً: لأن المراد بالقضاء الحكم ، والحكم أحد هذه المقومات الستة المذكورة [٥] ، فيلزم أن يكون ركناً لنفسه ؟ وهذا لا يصح .

---

(١) مقومات من قَوَمَ قَوامْ وهو لما يقام به الشيء ويحصل ، الكفوي ،الكليات ، ص٧٣١ .

(٢) قراعه ، الأصول القضائية ، ص٢٨٠ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ،ص٩٩ .

(٣) الحصكفي ،محمد بن علي (ت ١٠٨٨هـ/١٧٦٠ م)، الدر المختار ،ط١ ،١م ، (تحقيق :عبد المنعم خليل) دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢م ، ص ٤٦٣ ،علي حيدر، درر الحكام ج٤، ص٥٧١ .

- ابن فرحون ،أبو الوفاء إبراهيم بن محمد ، (ت٧٩٩هـ/١٣٩٦م) ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠١م ، ج١ ، ص٢١ .
- السبكي محمود محمد ، (ت ١٣٥٢ هـ/١٩٣٦م) ، فصل القضية في المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية ، ١٩١٢م ، ص٥٤ ، القاري ،مجلة الأحكام الشرعية ص٥٩٠، مادة (٢٠١١) .
- ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٢٨٥، الأبياني ، مباحث المرافعات ، ص١٧٦ .

(٤) الملاح ، محيي الدين بن حسن، (ت ١٣٤٦ هـ/١٩٣٠م) ، عمدة الحاكم ومن يتردد إلى المحاكم ، ١م ، مطبعة التضامن الأخوي ، مصر ، ص١٥ .

- ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص٥ ، علي قراعه ، الأصول القضائية ، ص٢٨٠ .

(٥) إشارة إلى قول ابن الغرس :

أطراف كل قضية حكمية ... ست يلوح بعدها التحقيق

حكم ومحكوم له وبه ومحكوم ... عليه وحاكم وطريق

ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص٥ .

ثانياً:ثم إن الركن معناه هو ما كان داخلاً في ماهية الشيء [١] ، ولذلك صرح كثير من الفقهاء بأن ركن الحكم هو : ما يدل عليه من قول ، أو فعل [٢] .
وعليه فإنه يمكن تقسيم مقومات الحكم القضائي إلى العناصر التالية :

الأول : الحاكم ٠
الثاني : المحكوم له ٠
الثالث : المحكوم عليه ٠
الرابع : المحكوم فيه ٠
الخامس: المحكوم به ٠
السادس: طريق الحكم ٠

وفيما يلي بيان لكل واحد من هذه المقومات :

---

(١) الجرجاني ، التعريفات ، ص١٤٩ ، التفتازاني ، شرح التلويح ، ج٢، ص٢٧٣ ، صدر الشريعة ، التنقيح في أصول الفقه ، ج٢، ص١٧٣ ، هذا عند الحنفية ، أما الجمهور فالركن هو: ما يتوقف عليه أساساً وجود الشيء وإن كان خارجاً عن الماهية ، الجرجاني ، التعريفات ، ص١١٧ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج١ ، ص٣٢١ .

(٢) الجارم ، محمد صالح بن عبد الفتاح ، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ، ١م ، مطبوع بهامش الفواكه البدرية ، مطبعة النيل ، مصر ، ص٥ ، النسفي ، البحر الرائق ، ج٦، ص٢٧٧، علي قراعه ، الأصول القضائية ، ص٢٩٦ .

المطلب الأول :

الحاكم (القاضي)

تعريفه ، حكم تنصيبه ، شروطه ، آدابه :

أولاً: تعريفه :

" القاضي هو الذات الذي نُصِّب وعُيِّن من قبل السلطان ، لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس ، توفيقاً لأحكامها المشروعة " [١] :

قوله هو الذات الذي نُصِّب وعُيِّن من قبل السلطان يستفاد منه ما يلي :

أولاً : خروج المحكَّم لأن للمحكم أن يفصل الدعوى ، أو المخاصمة ولكنه لم يكن منصوباً من طرف السلطان ، بل هو منصوب من قبل الطرفين المتخاصمين .

ثانياً: إذا حكم السلطان العادل في دعوى حسب الأحكام المشروعة ، فيصح حكمه وينفذ ؛ لأن نفاذ حكم القاضي هو ناشئ لكونه مأموراً بالحكم من طرف السلطان ،ولكونه وكيلاً عنه فنفاذ حكم السلطان بطريق الأولى .

ثالثاً : إن نصب قاضٍ من قبل موظف غير مأذون من السلطان بنصب القضاة كالوالي،والعامل غير صحيح، ولا ينفذ حكم ذلك القاضي .

أما قوله لأجل فصل وحسم الدعوى .... يستفاد منه الاحتراز عن المولى لا لفصل الدعوى كالولاة ، والمتصرفين .

أما قوله توفيقا للأحكام المشروعة ، يستفاد منه أن الحكم إذا لم يوافق الشرع يكون حكماً بخلاف الحق وهو الجَوْر[٢] .

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٧٨٥ .

- هذا وقد نصت مجلة الأحكام الشرعية في المادة (٨٠ الفقرة الثانية) على أن القاضي : هو الشخص الذي ولاه الإمام لفصل الخصومات بين الناس وإلزامهم بالأحكام الشرعية ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية، ص٥٩٠ .

(٢)علي حيدر ، درر الحكام ،ج٤ ،ص٥٧٢ .

مفهوم القاضي في النظام القضائي الشرعي الأردني :

لم يُعَرِّف قانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني ما المقصود بالقاضي إلا أن مدلول كلمة " قاضي " في هذا القانون واسع ، بحيث لا يقتصر على قضاة المحاكم الابتدائية الشرعية والاستئناف ، بل يشمل كذلك مدير الشرعية ، ومفتش المحاكم الشرعية ، وبذلك يكون أعضاء المجلس القضائي الشرعي الخمسة قضاة ، ولا تشمل كلمة " قاضي " منصب قاضي القضاة [١] .

ولذلك نصت المادة [٢] من القانون على ما يلي :

" تعني كلمة قاضي أو قضاة : رئيس وأعضاء محكمة الاستئناف الشرعية ومدير الشرعية ، ومفتش المحاكم الشرعية ، وأي قاضٍ من قضاة المحاكم الابتدائية الشرعية " .

---

(١) أبو البصل ، عبد الناصر موسى ، (١٩٩٩م) ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص٢٩- ٣١ .

ثانياً : حكم تنصيب القاضي :

اتفق الفقهاء على أن القضاء من فروض الكفاية [١] ، كما أنهم اتفقوا على أن تنصيب القضاة في الأمصار للحكم بين الناس في منازعاتهم فرض عين على الإمام [٢] ، وذلك لأن الخليفة قد نُصِّب في الإسلام من أجل ضمان تحقيق فروض الإسلام في دولته ، والقضاء من أقوى الفرائض ، وأشرف العبادات [٣] ، المطلوب تحقيقها من المسلمين ، وبما أن الخليفة نائب عنهم في ذلك وهو لا يستطيع أن يقوم بفصل الخصومات وقطع المنازعات بنفسه في جميع أنحاء البلاد ، فوجب عليه أن يعمد إلى نَصب القضاة في كل بلد ليحكموا بين الناس بشرع الله ﷻ[٤] ، فتصل الحقوق إلى أصحابها ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

---

(١) الموصلي ، عبد الله بن محمود ، (ت ٦٠٦هـ/ ١٢٠٧م) ، الاختيار لتعليل المختار ، ط٣ ، ٢م ، دار المعرفة ، بيروت ، ج٢ ، ص٨٢ .

- ابن جزي ، محمد بن أحمد ، (ت ٧٤١هـ/١٣٤٠م) ، القوانين الفقهية ، ط١ ، ١م ، المكتبة العصرية بيروت ، ٢٠٠٠م ، ص٣١٥ .
- النووي ، محيي الدين بن شرف ، (ت٦٧٦ هـ/١٢٧٧م) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ط٢ ، ١٢م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٥م ، ج١١، ص٩٢ .
- الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي ، (ت ٤٧٦ هـ /١٠٨٣م) ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ط١ ٣ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ج٣ ، ص٣٧٦ .
- ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد ، (ت ٦٣٠هـ /١٢٣٢م) ، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، ط١ ، ١٠م، دار الفكر، بيروت ، ١٤٠٥هـ ، ج١٠ ، ص٨٩ .

(٢) القنوجي ، صديق بن حسن ، (٢٠٠١م) ، ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي ، ط١ ، ١م ، (تحقيق: أبو عبد الرحمن بن عيسى) ، دار ابن حزم ، بيروت ، ص٣٤ .

- البعلي ، عبد الرحمن بن عبد الله ، (ت ١١٩٢ هـ/١٧٧٨م) ، كشف المخدرات ، ط١ ، ٢م ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ٢٠٠٢م ، ج٢ ، ص٨١٨ .
- الشوكاني ، محمد بن علي ، (ت ١٢٥٥ هـ/١٨٣٩م) ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار ، ط ١ ، ٤م ، دار الفكر ، بيروت ، ج٩ ، ص١٤٦ .

(٣)الموصلي ،الاختيار ، ج٢ ، ص٨٢ .

(٤) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٥٤ .

تعيين القاضي في القضاء الشرعي الأردني :

أما في النظام القضائي الشرعي الأردني فالذي يملك صلاحية تعيين القضاة هو المجلس القضائي الشرعي ، حيث نصت المادة (٤) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية على :
" تجري التعيينات والتنقلات والترفيعات في وظيفة القضاء بقرار من المجلس وإرادة سنية تنشر في الجريدة الرسمية ويُقسم القضاة عند تعيينهم ، وقبل مباشرتهم وظائفهم أمام رئيس محكمة الاستئناف الشرعية اليمين التالية : أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً للملك ، وأن أحكم بين الناس بالعدل ، وأن أحترم القوانين ، وأؤدي وظائفي بكل إخلاص ، وأن ألتزم سلوك القاضي الصادق الشريف "[1] .

وهذا المجلس القضائي يتكون كما نصت المادة (١٤) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية على ما يلي[2] :

" يتألف المجلس القضائي برئاسة رئيس محكمة الاستئناف الشرعية في عمان وبعضوية كل من :

١ – مدير الشرعية .

٢ – أقدم عضوين في محكمة الاستئناف .

٣ – المفتش الأقدم في هيئة التفتيش .

([1]) قانون تشكيل المحاكم الشرعية ، المادة (٤) ، الظاهر ، راتب عطا الله ، (١٩٩٩م) ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ١م ،مطابع الدستور التجارية ، الأردن ، ص٢٨ .

([2]) قانون تشكيل المحاكم الشرعية ، المادة (١٤) ، ولكني أرى ضرورة تعديل هذه المادة خاصة بعد استحداث محكمة استئناف شرعية في اربد ، وذلك للأسباب التالية :

أ – تحقيقا للعدالة فمن حق أعضاء محكمة استئناف اربد الشرعية المشاركة في المجلس القضائي أسوة بزملائهم في محكمة استئناف عمان .

ب – في حالة غياب رئيس محكمة الاستئناف الشرعية في عمان ، نص القانون على أنه يحل محله مدير الشرعية ٠٠٠٠ ، وأرى أن الأولى في ذلك هو رئيس محكمة استئناف اربد الشرعية لاتحاد المسمى والوظيفة فضلاً عن أن منصب مدير الشرعية هو منصب إداري ٠

ثالثاً : شروط القاضي وآدابه :

مما لاشك فيه أن منصب القضاء في الدولة الإسلامية من أجل المناصب وأرفعها ولذا لا بد فيمن يتولى هذا المنصب أن تتوافر فيه شروطاً معينة ذكرها الفقهاء في كتبهم أذكرها على سبيل الإجمال دون التفصيل :

أولاً: الشروط المتفق عليها :

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة تولية القاضي أن يكون مسلماً، بالغاً ، عاقلاً وعليه فلا تصح تولية غير المسلم القضاء على المسلمين ، كما لا تصح ولاية الصبي والمجنون .

ثانياً: الشروط المختلف فيها :

اختلف الفقهاء فيما سوى ذلك من الشروط كالذكورة ،والحرية والاجتهاد، والعلم بالأحكام الشرعية ، والعدالة ، وسلامة الحواس٠٠٠ غيرها .

وبغض النظر عن تفصيل أقوال العلماء في هذه الشروط –لأن المقام ليس مكان بحثها هنا – فإن الواجب على إمام المسلمين أن يختار لهذا المنصب المهم ،والعمل الجليل من تتوافر فيه الصفات والشروط التي تؤهله للقيام بهذه المهمة الجسيمة على أكمل وجه، حتى تتحقق الغاية المرجوة من القضاء .

---

(1) ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، (ت١٢٥٢ هـ / ١٨٣٦م) ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ٨م ، دار الفكر ،بيروت ، ١٩٩٢م ، ج٥ ، ص٣٥٤ ، ابن الهمام ، محمد بن عبد الواحد السيواسي ، (ت ٦٨١هـ/١٢٨٢م) ، شرح فتح القدير ، ٧م ، دار إحياء التراث العربي ، ج٦، ص٣٥٧، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٦ ، ص٨٧، عليش ، محمد بن أحمد ،(ت ١٢٩٩هـ/١٨٨١م) تقريرات عليش ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي ، ج٦، ص٣، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤، ص٣٧٦ الرملي ، محمد بن أحمد ، (ت ١٠٠٤ هـ/١٥٩٥م)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ط ،٨م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج٨ ، ص٢٢٦ ، ،الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٢٠ ، ص٢٢٠ ، الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٢٨٩ ، البهوتي،شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٤٦٤ ، ابن قدامه ، عبد الله بن أحمد ، (ت ٦٣٠ هـ/١٢٣٢م)،عمدة الفقه،١م ، (تحقيق:عبد الله العيدلي / محمد العتيبي) ، مكتبة الطرفين ، الطائف، ص ١٥٩ ابن حزم ،علي بن أحمد بن سعيد، (ت ٤٥٦ هـ/١٠٦٣م) المحلى بالآثار ، ١٢م ، (تحقيق : عبد الغفار البنداري)، دار الكتب العلمية ، بيروت، ج٨ ، ص٤٢٧ ، الصنعاني ، سبل السلام ، ج٤ ، ص١١٦، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٩ ، ص١٥٥ .

وعلى القاضي أن يتأدب بجملة من الآداب ذكرها الفقهاء [١] ، ويسن للقاضي أن يكـــون قوياً بلا عنف ، ليناً بلا ضعف ، حليماً متأنياً متفطناً عفيفاً ورعاً ونزهاً ، بعيــداًعن الطمـــع ، صدوق اللهجة ، بصيراً بأحكام الحكام قبله ، يخاف الله ويراقبه ، لا يؤتى من غفلةٍ ، ولا يخدع من غرةٍ ، عالماً بلغات أهل ولايته ، لا يهزل ، ذا رأي ومشورةٍ ، لكلامه لينٌ إذا قَرب ، وهيبة إذا بعد ، ووفاء إذا وعد ، لا جباراً ولا عسوفاً [٢] .

(١) والأصل في آداب القاضي هو كتاب عمر بن الخطاب ﷺ إلى أبـــي موسى الأشعري ﷺ " أمـــا بعد :فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا أُديَّ إليك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له أس ِ الناس في مجلسك وفـــي وجهك وقضائك حتـــى لا يطمـــع شريف فـــي حيفك ولا ييأس ضعيف مـــن عدلك...." ، البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، ج١٠، ص١٣٥، ابن القيم ، محمد بن أبي بكر، (ت٧٥١ هــ/١٣٥٠م) ، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، ٤م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج١ ، ص٦٨ .

(٢) ابن يوسف ، مرعي، (ت١٠٣٣هــ/١٦٢٣م) ، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ، ط١ ، ٣م ، مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر ، دمشق ،ج٣ ، ص٤٣٦ ،علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٧٩، القاري مـــجلة الأحكـــام الشرعية ، ص٦٠٢ ، ابن جزي ، القوانين الفقهية ، ص٣١٧ ، السمرقندي ، تحفة الفقهاء ج٣ ، ص٦٤١ ، الشيرازي ، المهذب ، ج٣ ، ص٣٩٣ .

شروط تعيين القاضي في القضاء الشرعي الأردني :

فقد نصت المادة (٣) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية على ما يلي : [١]

أ- يشترط فيمن يتولى القضاء الشرعي ما يلي :

١- أن يكون مسلماً أردنياً متمتعاً بالأهلية الشرعية والمدنية الكاملة ، وسليم الحواس والجسم.

٢- أن يكون قد أكمل الثامنة والعشرين من عمره على الأقل .

٣- أن يكون حاصلاً على الشهادة الجامعية الأولى على الأقل في الشريعة الإسلامية .

٤- أن يكون قد مارس الأعمال الكتابية لدى المحاكم الشرعية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بعد حصوله على الشهادة الجامعية الأولى ، أو مارس وهو أستاذ مهنة المحاماة الشرعية مدة لا تقل عن ست سنوات .

٥- أن يكون حسن السيرة والسمعة ، وأن لا يكون قد حكم عليه بأي جنايةٍ ، أو جنحةٍ عدا الجرائم السياسة ، وأن لا يكون محكوماً من محكمة ، أو مجلس تأديبي ، لأمر مخل بالشرف ، ولو ردَّ إليه اعتباره ، أو شمله عفو عام .

ب-مع مراعاة أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة لا يجوز تعيين أي شخص في وظيفة قاضٍ لأول مرة إلا بعد اجتيازه المسابقة القضائية ، ويكون القاضي في هذه الحالة معينا تحت التجربة لمدة ثلاث سنوات ، وللمجلس بعد ذلك تثبيته ، أو إعادته إلى وظيفته الكتابية ، أو الاستغناء عن خدمته حسب مقتضى الحال [٢] .

---

(١) قانون معدل لقانون تشكيل المحاكم الشرعية ، قانون مؤقت رقم (٨٣) ، لسنة ٢٠٠١م ، نشر بالعدد رقم (٤٥٢٤) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١م ، الظاهر، التشريعات الخاصة ، ص٨ .

(٢) كما يشترط على القاضي أن يقسم اليمين الذي سبقت الإشارة إليه ، انظر :ص٥١ من هذه الأطروحة . ومما ينبغي ملاحظته هنا أن المدة التي كان القاضي فيها يخضع للتجربة في القانون القديم هي سنة، ولكنها في هذه المادة عدِّلت إلى ثلاث سنوات ، وهذا من وجهة نظري أفضل ، وذلك حتى نستوثق من كفاءة هذا القاضي فيسعى جاهداً للارتقاء بنفسه واثبات كفاءته .

المطلب الثاني :

المحكــوم لــــه :

" تعريفـــه ، شروطـــه "

أولاً : تعريف المحكوم له :

" هو من صدر الحكم لصالحه "[١] ، ويسمى المقضي له ،والمحكوم له قد يكون الــشرع وذلك إذا كان المحكوم به من حقوقه المحضة ، أو التي غلب فيها حقه وهو ما يـــسمى اليـــوم بالحق العام .

وقد يكون العبد إذا كان المحكوم به من حقوقه المحضة ، أو غلب فيه حقه [٢] ، وهو ما يسمى بالحق الشخصي .

ثانياً : شروط المحكوم له :

تختلف شروط المحكوم له بحسب كونه للعبد أم للشرع على النحو التالي :

أ- إذا كان المحكوم له العبد فيشترط فيه ما يلي :

١ – يشترط في المقضي له أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي ، فإن كان المقضي له لا تقبل شهادته للقاضي فلا يقبل قضاء القاضي له لأن في قضاء القاضي مظنة التُهمة [٣] .

---

(١) قوله :من يشمل كل حالات المحكوم له سواء كان للشرع أم العبد ، وقيد من صدر الحكم لصالحه فقد وضع ليشمل المدعي في حالة الحكم له بما يدعيه وكذلك المدعى عليه إذا أُصدر القرار من القاضي بأن لا وجـــه لإقامة الدعوى ، أو الحكم بردها لعدم الخصومة " أبو البصل " نظرية الحكم القضائي ، ص١٥٤ .

– هذا فقد نصت المادة (١٧٨٩)،من مجلة الأحكام العدلية " المحكوم له هو الذي حكم له " ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه أدخل المعرف في التعريف وهذا يلزم منه الدور والتسلسل فالتعريف لم يأت بجديد ، ولم يحدد لنا من هو المحكوم له ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص١٥٣، علي حيدر، مجلة الأحكام ،ج٤،ص٥٧٧

– ومنهم من عرف المحكوم له بأنه " المدعي " وهذا قد يصح في بعض الحالات التي يصدر فيها الحكم لصالحه بينما لا يصدق هذا التعريف إذا صدر الحكم للمدعى عليه ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص٦٣ .

(٢) السبكي ، فصل القضية في المرافعات الشرعية ، ص٥٥ .

(٣) هذا هو الأصل ، وفي المسألة تفصيل فمن الفقهاء من جوَّز الحكم لمن لا تقبل شهادة القاضي له أنظر : هذه المسألة : ابن أبي الدم ، إبراهيم بن عبد الله ، (ت٦٤٢ هـ/١٢٤٤م) ،أدب القضاء ، ط٢، ١م ،(تحقيق : محمد الزحيلي) ، دار الفكــر ، بيروت ، ١٩٨٢م ، ص١٥٩ ، الحسام الشهيد ، عمــر بـــن عبد العزيز ، (ت٥٦٣هـ /١١٦٧م) شرح أدب القاضـــي ، ط١ ،١م ، (تحقيق : أبو الوفا الأفغاني / محمد الهاشمي) ، دار الــكتب العــلمــية ، بيروت ، ١٩٩٤ م ، ص٣٧٠ ، المــوصــلــي ، الاخــتيار ، ج٢ ، ص٨٦ =

وعليه فلا يجوز القاضي أن يقضي لنفسه ولا لأبويه وإن علوا ولا لزوجته ولا لأولاده وإن سفلوا .... [1].

٢- أن يدعي المحكوم له ، وذلك بأن يتقدم بدعوى لدى القاضي يطالب فيها بحقه ،بمعنى أنه لا يحكم بدون سبق دعوى منه [2].

٣- حضوره مجلس الحكم بالذات ، أو حضور وكيله ،أو نائبه ، كوليه ، أو وصيه إذا كان محجوراً عليه لأنه لا يجوز الحكم للغائب [3].

ب- أما إذا كان المحكوم له الشرع فلا يشترط سبق الدعوى [4] ، لأنها تعتبر من باب الحسبة ، والتي يحق لكل مسلم أن يطالب بها .

= القنوجي ، ظفر اللاضى ، ص٢٣٤ ، البعلي ، كشف المخدرات ، ج٢ ، ص٨٢٤ ، ابن جزي ، القوانين الفقهية، ص٣١٨ ، ياسين ، حجية الحكم القضائي ص٤٨ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص١٥٧ .

(1) السمرقندي ، محمد بن أحمد ، (ت ٥٣٩هـ/١١٤٥م) ، تحفة الفقهاء ، ط٢ ، ٣م ، (تحقيق : محمد زكي) إدارة إحياء التراث الإسلامي ، قطر ، ج٣ ، ص٦٣٩ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦١٤ ، مادة (١٨٠٨) .

(2) أبو فارس ، محمد عبد القادر ، (١٩٩١ م) ،القضاء في الإسلام ، ط٣، ١م، دار الفرقان ، الأردن ، ص٣٣ علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٦٥ ، مادة (١٨٢٩).

(3) هذا هو الأصل وزعم ابن الغرس الإجماع على عدم جواز القضاء للغائب ، ابن الغرس ، الفواكه البدريه ، ص٦٥ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص٥٩٧ ، مادة (٢٠٤٤) ، ولكن في المسألة تفصيلاً ، انظر : أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص١٥٨ .

(4) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٧٧ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

أولاً: فقد نصت المادة (١٢٥) ، من قانون أصول المحاكمات الشرعية[١] ، على ما يلي :

يحق لكل من المدَّعِي والمدَّعَى عليه أن يقدم إلى رئيس محكمة الاستئناف الشرعية استدعاء على نسختين ، يطلب فيه تنحية القاضي من رؤية الدعوى لأي سبب من الأسباب التالية منها :

١ – أن يكون للقاضي منفعة مالية في الدعوى المقامة لديه رأساً ، أو بسببها .

٢ – إذا كان القاضي من أصل ، أو فرع أحد الخصمين ، أو بينه وبين أحدهما قرابة مصاهرة من الدرجة الثانية ، أو الثالثة [٢] .

ثانياً:كما نصت المادة (١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل الفرقاء ، وشهرته ،ومحل إقامته ، وعلى الإدعاء والبينات التي يستند إليها وتُبلَّغ صورة عن اللائحة إلى كل من المدعى عليهم .

ثالثاً: كما نصت المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أن المحكمة تسقط الدعوى :

١- إذا لم يحضر أحد من الغرماء .

٢-إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه وطلب الإسقاط [٣] .

من خلال ما سبق يتضح لنا مدى التوافق بين الفقه وقانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني في اعتبار الشروط السابقة الذكر في المحكوم له .

---

(١) الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص١٠٣ ، ص٦٦ ، ص٧٨ .

(٢) فيفهم من هذه المادة أن من شروط المدعي أن لا يكون ممن تقبل شهادته للقاضي ،وإلا كان سبباً لطلب رد القاضي عن رؤية الدعوى ، داود، أحمد علي ، (١٩٩٨م) ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى ، ط١ ، ٢م ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، انظر: القرارات الاستئنافية المتعلقة برد القضاة ، ص٤٣٥-٤٦٢ .

(٣) وعليه فإنه يفهم من هذه المادة أنه يشترط حضور المدعي بالذات ، أو وكيله ، أو نائبه كوليه ، أو وصيه، وإلا كان سببا لسقوط الدعوى لأنه لا يحكم للغائب .

المطلب الثالث :

المحكـــوم علـــيه :

تعريفـــه ، شروطـــه

أولاً : تعريف المحكوم عليه :

" نظراً لأن المحكوم عليه يكون في مقابل المحكوم له ، فإن تعريف المحكوم عليه يكون من صدر الحكم القضائي في غير صالحه " (١) .

ثانياً : شروطه :

يشترط في المحكوم عليه ما يلي :

١ – أن يكون المحكوم عليه ممن تقبل شهادة الحاكم عليه .

وعليه فإذا كان بين القاضي والمحكوم عليه عداوة دنوية (٢) ، فإن القاضي يمنع من الحكم .

٢ – أن يكون المحكوم عليه معيناً معلوماً ، وذلك لأنه لا سبيل إلى الوصول إلى الهـــدف مـــن مشروعية الدعوى إلا به ؛ لأنه لا يمكن في هذه الحال أن يفصل في النزاع ، ولا إصدار حكم على مجهول (٣) ، لعدم إمكانية استيفاء الحق منه .

٣ – وقد اشترط بعض الفقهاء أن يكون المقضي عليه حاضراً ، فلا يقضى على غائب (٤).

---

(١) وهذا التعريف يشمل جميع حالات المحكوم عليه سواء أكان مدعياً ولم يثبت دعواه أم لم يحكم له فهو محكوم عليه ، أو كان مدعى عليه وثبتت الدعوى عليه وحكم للمدعي بما يدعيه فهو محكـــوم عليه ، أبـــو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص١٩٤ .

– ونصت المادة (١٧٨٨) من مجلة الأحكام العدلية على : أن المحكوم عليه هو الذي حكم عليه ، علي حيدر ، درر الحكام ،ج٤ ، ص٥٧٦، وما قيل سابقاً في شأن المحكوم له يقال هنا، انظر:ص٥٥من هذه الأطروحة.

– وعرفه ابن فرحون " بأنه كل من توجه عليه حق " ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج١، ص٧٥ .

(٢) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥، ص٣٥٦ ، ابن جزي، القوانين الفقهية ، ص٣١٨ ، الشربيني، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٩٣ ، البعلي ، كشف المخدرات ، ص٨٢٤ ، القاري ، مـــجلة الأحكـــام الشرعية ، ص٦٠٠ ، المادة (٢٠٥٩) .

(٣) النووي ، روضة الطالبين ، ج١١، ص١٨٣، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص٦١٣ ، مادة (٢١٠٩): " يلزم تعيين المدعى عليه ، فإن كان حاضراً كفت الإشارة إليه ،وإن كان غائبا لـــزم ذكر الاسم ، والنسب حتى يتميز " ، السبكي ، فصل القضية ، ص١٤، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٩٩ .

(٤) هذا ما ذهب إليه الحنفية ، بينما يـــرى فقهاء المذاهب الأخرى جـــواز القضاء علـــى الغائب فـــي حقـــوق العباد دون حقوق الله ﷻ والمسألة تحتاج إلى تفصيل وليس هـــنا محـــل بحثها ولذا ينظر تفصيلها فـــي =

موقف القضاء الشرعي الأردني :

أولاً: فقد سبقت الإشارة إلى المادة (١٢٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي تنص على أسباب رد القضاة ومنها[١]: أن يكون بين القاضي وبين أحد الخصمين عداوة ظاهرة ٠

ثانياً: كما نصت المادة (١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية السابقة الذكر أنه يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل الغرماء وشهرتهم ومحل إقامتهم [٢].

ثالثاً: أما بالنسبة للحكم على الغائب :

فقد أجاز قانون أصول المحاكمات الشرعية الحكم عليه بشرط أن يتم تبليغه تبليغاً صحيحا ً، حيث أوجبت المادة (١١) السابقة الذكر وجوب تبليغ المدعى عليه صورة من لائحة دعوى المدَّعي.

رابعاً: ونصت المادة (١٢) في الفقرة الثانية من القانون نفسه على أنه ينظم كاتب المحكمة مذكرة الحضور ويعد نُسخاً عنها بعدد نسخ لائحة الدعوى ويُبَلَّغ المدعى عليه نسخة منها مع نسخة من لائحة الدعوى .

كما نصت المادة (١٣) من القانون على أن تتضمن مذكرة الحضور تكليف المدعى عليه الحضور في وقت معين ، وتقديم دفاع خطي ضد لائحة الدعوى التي قدمها المدعي خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغه إذا شاء ذلك في دعاوى محددة ... ، وفي هذه الحالة يجب أن لا تقل الفترة الفاصلة بين الميعاد المضروب لحضور المدعى عليه وتاريخ صدور المذكرة عن عشرين يوما [٣] .

= المراجع التالية: ابن عابدين ،حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٤٠٩ ، ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٦ ، ص٤٠٠ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١، ص٧٦ ، ابن رشد ، محمد بن أحمد ، (ت٥٩٥هـ/١١٩٨م) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،٢م ، (تحقيق : حازم القاضي) ، مكتبة نزار الباز ، الرياض ، مكة ، ١٩٩٥ م ، ج٢ ، ص٨٤١ ، ابن حجرالهيتمي ، (ت٩٧٢هـ/١٥٦٤م) ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ط١، ٤م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠٠م ، ج٤ ، ص٣٧٥ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص٢٧٨ ،الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٤٠٦ ، البهوتي ،شرح منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٤٩٧، البعلي ، كشف المخدرات ، ج٢ ، ص٨٣١ ، ابن حزم ، المحلى بالآثار ،ج٨ ، ص٤٣٤، علي قراعه ، الأصول القضائية ، ص٢٨٩ ، الأبياني ، مباحث المرافعات الشرعية ، ص١٩٠، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٥٢١ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٢٠٠ .

(١) انظر : ص ٥٧ من هذه الأطروحة .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١١) .

(٣) المرجع السابق ، المادة (١٣) .

وعليه فإذا تم تبليغ المدعى عليه وفق القانون ولم يحضر المدعى عليه المبلّــغ موعــد الجلسة ، فإنه يجوز للمحكمة أن تسير بمحاكمته غيابياً ، وإصدار الحكم عليه ، وإن كان غائباً بشرط طلب المدعي ، ويجوز للمحكمة من نفسها أن تقرر محاكمة المدعى عليه غيابياً إذا كان موضوعها مما تُقبل فيه الشهادة حسبةً [١].

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن قانون أصول المحاكمات الشرعية وإن أجاز القضاء علـــى الغائب [٢] – أخذاً بقول جمهور الفقهاء– وذلك على أساس اعتبار الغائب حاضراً حكمـــاً بعــد تبليغه وفق أحكام القانون، فقد ضمن حقه من وجوه :

الأول: وجوب تبليغه الحكم [٣] .

الثاني : منحه حق الاعتراض على الحكم الغيابي خلال خمسة عشر يوما مـــن تاريخ تبليغه [٤].

كما منحه القانون حق استئناف الحكم الغيابي خلال ثلاثين يوم مـــن تاريخ تبليغه الحـــــكم الغيابي [٥] .

([١]) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٥٠/الفقرة الثانية) .

([٢]) داود ، أحمد محمد علي ، (٢٠٠٤م) ، أصـــول المحاكمات الشرعية ، ط١ ، ٢م ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ج١ ، ص٢٩٩ .

([٣]) نصت المادة (١٠٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه يعتبر الحكم وجاهياً، إذا صدر بمواجهة الطرفين ، أو إذا حضر المدعى عليه جلسة من جلسات المحاكمة ، أو أكثر وتخلف بعد ذلك عن الحضور وفيما عــدا ذلك يكون الحكم غيابياً، ويشترط في ذلك أنه إذا صدر الحكم على شخص أو أشخاص لم يكونوا حاضرين جلسة الحكم فيجب تبليغ إعلام الحكم إليه أو إليهم،حتى تبدأ مدة الاستئناف مـــن تاريخ التبليغ،كما اعتبر القانون الحكم ملغياً بعد مضي مدة سنة من تاريخ صدوره إذا لـــم يبلغ المحكوم عليه الحكم واستثنى من ذلك حالتين :

الأولى :إذا راجع المحكوم له ودفع الرسم للتبليغ خلال مدة السنة ومضت المدة قبل أن تنتهي معاملة التبليغ.

الثانية : إذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالى، قانون أصول المحاكمات الشرعية المادة (١١٤) .

([٤]) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المواد المتعلقة بالاعتراض ،(١٠٦ – ١١٤) .

([٥]) المرجع السابق ، المادة (١٣٦) .

المطلب الرابع :

المـــحـــكـــوم فيــــــه :

المحكوم فيه هو جميع الحقوق ، وقد اتفق الفقهاء على أن القاضي يحكم في كل حق من الحقوق سواء كان حقاً لله تعالى أم حقاً للآدميين ، وأنه نائب عن الإمـــام الأعظـــم فـــي هـــذا المعنى[١]، ولذا يقول القاضي أبو الأصبغ بن سهل [٢]: "إعلم أن خطة القضاء من أعظم الخطط قدراً وأجلها خطراً ، وعلى القاضي مدار الأحكام وإليه النظر في جميع وجوه القضاء من القليل والكثير بلا تحديد .. ، ويختص القاضي بوجوه لا يشاركه فيها غيره من الحكام وذلـــك مثـــل الوصايا والأحباس "[٣] .

وقال الإمام السمناني [٤] : "فأما الكلام في المقضي فيه فيشتمل على أبواب كثيرة ومعانٍ جمة فيها أقوال وفيها أفعال "[٥] .

من خلال ما سبق يتبين لنا أن القاضي في الشريعة الإسلامية يتمتع بصلاحية الحكم في كل المنازعات التي ترد إليه من الخصوم بدون استثناء ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يجوز تخصيص القضاء ببعض الحقوق دون غيرها ؟

وقد اتفق الفقهاء على أن القضاء يقبل التخصيص بالزمان وبالمكان وببعض الخصومات وباستثناء بعض الأشخاص ، والعمل بقول مجتهد في المسائل الخـــلافية [٦] ، وذلك لأن القاضي

---

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ، ص٨٢٣ .

(٢) القاضي أبو الإصبع هو:عيسى بن سهل الأسدي المالكي، ولي قضاء غرناطة ، وصنف في الأحكام كتاباً حسناً ، توفي سنة (٤٨٦هـ) ، وله من العمر (٧٣سنة) ، الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج١٩ ، ص٢٦ .

(٣) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١، ص٧٣ ، عبد الرفيع ، معين الحكام ، ج٢، ص٦١٠ .

- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت ، (١٩٩٥م) ، المـــوسوعة الفقهية الكويتية ، ط١ ٤٠م ، مطابع الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع ، الكويت ، ج٣٣ ، ص٣٢٧ .

(٤) السمناني هو أبو القاسم علـــي بن محمد الرحبي ، ولد برحبة ، وورد علـــى قاضي القضاة الدامغاني ، فقرأ عليه مذهب أبي حنيفة ، توفي سنة (٤٩٩هـ) ، من مؤلفاته: روضة القضاة ، أبـــو الوفاء القرشي ، طبقات الحنفية ، ص٣٧٦ .

(٥) السمناني ، روضة القضاة ، ج١ ، ص٤٧ .

(٦) علي حيدر ، درر الحكام ،ج٤ ، ص٥٩٨ ، هـــذا وقـــد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه فإن فعل بطـــل الشرط ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٣٧١ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ص٩٦ ، ويمكن أن يحمل هـــذا القول علـــى الحالة التي يكون فيها القاضي مجتهداً فعندها يجب عليه أن يقضي بما أداه إليه اجتهاده ، أما إذا كان القاضي غير مجتهد – كما هـــو الحال في زماننا – فيجوز تقيده بالالتزام بقول عالم من العلماء ، والله أعلم .

وكيل من قبل السلطان لإجراء المحاكمة والوكالة تتقيد بالقيد والشرط الذي يقيدها الموكل [١] ولذا فلو ولاة الحاكم القضاء سنة مثلاً لم يصح حكمه قبل حلولها ، ولا بعد مرورها ، ولو ولاة القضاء ببعض المعاملات أو بقدر من المال لا يتجاوزه فلا ينفذ حكمه فيما سوى ذلك وهكذا الأمر في جميع صدر التخصيص [٢] .

([١]) علي حيدر ، درر الحكام ،ج٤ ، ص٥٩٨.

([٢]) انظر هذه المسألة في : السمناني ، روضة القضاة ج١ ، ص٧٢ ، الملاح ، عمدة الحاكم ، ص١٦، النووي، روضة الطالبين، ج١١ ،ص١٢٠ ، الشيرازي ، المهذب ، ج٣ ، ص٣٧٩ ، ابن أبي الدم ، أدب القاضي ، ص٩٥ ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص٦٧ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٣٦٩ ، البعلي ، كشف المخدرات ، ج٢ ، ص٨١٩ ، الفراء ، محمد بن الحسين ، (ت٤٥٨هـ/١٠٩٣م) الأحكام السلطانية ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص٦٨ ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ج٣٣ ، ص٢٩٨ ،القاري ، مجلة الأحكام الشرعية، ص٥٩٩ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٩٧ ، مادة رقم (١٨٠١) .

([٣]) زيدان ، عبد الكريم ، (٢٠٠٠م) ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، ط٣ ، ١م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ص٦٢ ، وما بعدها ،" وذكر صور التخصيص منها : تخصيص القضاء من حيث المكان والزمان ، والأشخاص ، ونوع من الخصومات ، وبخصومة معينة ، ومن جهة مرور الزمن ٠٠٠٠" .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

نصت المادة (١٠٦) من الدستور الأردني في الفصل السادس الذي بين فيه أحكام السلطة القضائية على ما يلي :

" تطبق المحاكم الشرعية في قضائها أحكام الشرع الشريف "

هذا وقد حددت المادة (١٠٥) من الدستور الأردني صلاحية المحاكم الشرعية بالنظر وحدها في الأمور التالية :

(١) مسائل الأحوال الشخصية .

(٢) قضايا الدية إذا كان الفريقان كلاهما مسلماً ،أو كان أحدهما غير مسلم، ورضي الفريقان أن يكون حق القضاء في ذلك للمحاكم الشرعية [١] .

(٣) الأمور المختصة بالأوقاف الإسلامية .

ولذلك يفهم من هذه المادة أنه لا يحق للمحاكم الشرعية النظر في غير هذه القضايا، وأن ما سوى هذه الأمور هو خارج عن وظيفتها واختصاصها [٢] .

هذا وقد الزم المشرع الأردني المحاكم الشرعية تطبيق كل من :

١- قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩ م ، وقد نشر في العدد رقم (١٤٤٩) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ١/ ١١/١٩٥٩م، وهو مكون من(١٦٠) مادة[٣]

٢ – قانون الأحوال الشخصية رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م ، وقد نشر في العدد رقم (٢٦٦٨) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، وهو مكون من (١٨٧) مادة [٤] .

هذا وقد نصت المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي :

" ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة " [٥] .

---

(١) ويرى الباحث ضرورة تعديل هذه المادة ، وذلك بأن يعطى حق الاختيار – إن كان ولا بد– للطرف الغير مسلم أما الطرف المسلم فإنه لا خيار له في ذلك ، لأنه مأمور بالتحاكم إلى شرع الله .

(٢) انظر: القرارات الاستئنافية المتعلقة بالصلاحية ، داود ، القرارات الاستئنافية ، ج٢ ، ص٥٥٧ –٥٨٨ .

(٣) انظر: تعديلات هذا القانون ، الظاهر، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص٦٠ .

(٤) انظر: تعديلات هذا القانون ، المرجع السابق ، ص١١٨ .

(٥) انظر: القرارات الاستئنافية المتعلقة بالرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، عمرو، عبد الفتاح عايش ، (١٩٩٠م) ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ط١ ،١م ، دار يمان للنشر والتوزيع ، عمان ، ص٣٠ ،١١١، ١٣٤ ، ٢٤٥ ، ٣١٨ ، وغيرها .

المطلب الخامس :

المــحــكــوم بـــه :

المحكوم به : هو الشرع الذي يجب على الحاكم تطبيقه على الخصوم والدعاوى المعروضة عليه فالقاضي حتى يقوم بمهمته خير قيام لا بد له من تشريع يرجع إليه في كل النزاعات التي ترفع إليه ليوصل الحق إلى أصحابه ، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا إذا عرضت قضية بين يدي القاضي فبماذا يقضي ؟ وما مرجعيته التي يستقي منها أحكامه ؟ .

بما أن الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق في جميع مجالات الحياة ، فإنه يجب على القاضي أن يحكم في كل حادثه تعرض عليه بما ثبت عنده من كتاب الله ﷻ وسنة نبيهﷺ ، فإن لم يجد فبما أجمع عليه الصحابة الكرام ، فإن لم يجد يُعمل ذهنه ويجتهد برأيه إن كان أهلاً للاجتهاد ، وإلا سأل أهل العلم واستشارهم وأخذ برأي من يثق بدينه وخلقه ويتفق مع قواعد الشريعة العامة ، ومقاصدها الأساسية [1] .

وهذا ما سار عليه سلفنا الصالح ولعل حديث معاذ ﵁ عنه يرشدنا إلى ذلك حين سأله النبي ﷺ – لما بعثه إلى اليمن – " كيف تصنع إن عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله ، قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيي ولا آلو ، (أي لا أقصر) ، فضرب رسول الله على صدري ، وقال : الحمد لله الذي وفق رسولَ رسول الله لما يرضى الله ورسوله" [2] .

([1]) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي،ص١٧ ، السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٣ ، ص٦٣٦ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٥١ ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص٦٦ ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٣٢٦ ، الزحيلي ، التنظيم القضائي ، ص١٠٥ .

- الحميضي ، عبد الرحمن إبراهيم ، (١٩٨٩ م) ، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ط١ ، ١م ، جامعة أم القرى ، مكة ، ص٣٢١ .

([2]) أبو داود ، سليمان بن الأشعث ،(ت ٢٧٥هـ /٨٨٨م) ، سنن أبي داود ، ٤م ، (تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد) ، دار الفكر ، بيروت ، ج٣ ، ص٣٠٣ ، البيهقي ، السنن الفقهية الكبرى ، ج١٠ ، ص١١٤ ، **واللفظ لهما** ، قال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير : **إسناده ضعيف** ، ابن الملقن ، عمر بن علي ، (ت ٨٠٤هـ /١٤٠١م) ، خلاصة البدر المنير ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق : حمدي عبد المجيد السلفي) ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ج٢ ، ص٤٢٤،ومع أن الحديث في إسناده ضعف إلا أن العمل عليه .

وهذا ما كان يفعله أبو بكرﷺ [١] وعمر بن الخطابﷺ [٢] وبقية الصحابة رضي الله عنهم جميعاً [٣] ، فكلما عرضت عليهم قضية نظروا في كتاب الله ، فإن لم يجدوا ، بحثوا عنها فيما صح من سنة رسول الله ﷺ، وسألوا من يعرف حديثاً عن النبي ﷺ في هذا الموضوع ، فإن لم يجدوا اجتهدوا، فإن اتفقت آراؤهم وكان إجماعاً ، وإن اختلفوا أخذ الإمام أو القاضي بالراجح[٤] .

هذا إذا كان القاضي مجتهداً أما اليوم فإن إيجاد قاضٍ مجتهد أمر متعذر [٥] ، ومن هنا أصبحت الحاجة ملحة إلى تقنين الأحكام الشرعية على شكل مواد قانونية يلتزم بها القضاة في أحكامهم ، ومن هنا ظهرت فكرة مجلة الأحكام العدلية في الدولة العثمانية وجرى العمل بها في جميع المحاكم التابعة للدولة العثمانية [٦]ولذلك يقول الأستاذ الدكتور الزحيلي: " والأفضل

---

(١) فقد روي عن أبي بكر ﷺ أنه إذا ورد عليه أمر نظر في كتاب الله تعالى، فإن وجد فيه ما يقضي به قضى به بينهم ، وإن لم يجد في الكتاب نظر هل كانت من النبي ﷺ فيه سنة ، فإن علمها قضى بها ، وإن لم يعلم خرج فسأل المسلمين فقال : أتاني كذا وكذا فنظرت في كتاب الله وفي سنة رسول الله ﷺ فلم أجد في ذلك شيئاً ، فهل تعلمون أن نبي الله قضى في ذلك ؟ فربما قام إليه الرهط ، فقالوا : نعم قضى بكذا وكذا ٠٠٠" ، البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، ج١٠ ، ص٢٥٢ ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ج١، ص ٥٢٥ .

(٢) وهذا ما فعله عمر بن الخطاب في رسالته المشهورة في القضاء إلى أبي موسى الأشعري ، انظر : ص٥٣ من هذه الأطروحة .

(٣) قال عبد الله بن مسعودﷺ (أيها الناس ٠٠٠٠ فمن عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله ﷻ ، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله عز وجل، فليقض بما في سنة رسول ﷺ فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ فليقض بما قضى به الصالحون ، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ ولم يقض به الصالحون فليجتهد رأيه " ، ابن أبي شيبه ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج٤ ، ص٥٤٤ .

(٤) الزحيلي،محمد مصطفى (١٩٨٩م) ، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، ١م، دار الكتاب،دمشق،ص٥٨.

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٨٣ ، وجاء في نهاية المادة (١٨٠١) من المجلة : "... وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصومة لما أن رأيه بالناس أرفق، ولمصلحة العصر أوفق فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد أخر منافٍ لرأي ذلك المجتهد ، وإذا عمل لا ينفذ حكمه ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٩٨ .

(٦) وكذلك ما فعله القاضي أحمد القاري قاضي المحكمة الشرعية الكبرى بمكة المكرمة المتوفى (١٣٥٩هـ)، فقد وضع مجلة الأحكام الشرعية في المذهب الحنبلي والتي طبعت في السعودية ، سنة ١٩٨١ م .

بسبب تعدد آراء الفقهاء وضع تقنين معين موحد للأحكام الشرعية كمجلة الأحكام العدلية[١] ، ويقول الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين بعد أن عرض أراء العلماء في جواز تقيد القاضي بمذهب معين ومن ثم جواز تقيد القاضي بقانون مأخوذ من الفقه الإسلامي [٣] يقول :

" ولا شك أن الزمان الذي فسد قلوب أهله ، ويشح فيه العلم ، ويندر فيه وجود مجتهد يركن إليه في استنباط الأحكام هو أولى الأزمنة في أخذ الناس بقانون واحد ، يجمعه أكابر علماء الأمة في فترة من الفترات فيتخيرون من اجتهادات الأئمة السابقين الأرجح في تقديرهم ، والأقرب إلى تحقيق مصالح الأمة ، هذا في المسائل التي يمكن أن يتطرق إليها الاجتهاد ، وأما تلك التي تناولتها النصوص القاطعة والإجماع فلا ينبغي فيها اتباع رأي أحد من الناس ، وإنما ينص عليها كما وردت ، وعندئذ يجب على القضاة أن يلتزموا بما يتفق عليه علماء الأمة ، أو يتفق عليه أكثريتهم "[٣] .

([١]) الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٦ ، ص٧٤٧ .

([٢]) انظر: آراء العلماء في هذه المسألة :علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٩٨ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص٩٦ ، الشيرازي ، المهذب ، ج٣ ، ص٣٧٨ ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص٦٨ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١، ص٥٢ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦، ص٣٧١ ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣، ص٣٠٠، ياسين ، حجية الحكم القضائي ، ص٦٦ .

([٣]) "واعتبر تلك الأحكام التي تخالف ذلك القانون ليس لها حجه ، وإن استندت إلى أحد آراء الفقهاء السابقين ما دام هذا الرأي قد استبعد من القانون الموحد" ، ياسين ، حجية الحكم القضائي ، ص٦٨ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يتفق النظام القضائي الأردني مع الشريعة الإسلامية في جواز تخصيص بعض المحاكم بنوع معين من الحقوق دون غيرها- مع ضرورة التأكيد على أن الحاكمية يجب أن تكون لشرع الله في كل هذه المحاكم - ولذلك وجدت المحاكم المدنية ، والمحاكم الجنائية ، والمحاكم الشرعية ، والمحاكم الخاصة ...

ولذلك نصت المادة (٩٩) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية [٥] ، على أن المحاكم ثلاثة أنواع:

١- المحاكم النظامية .

٢- المحاكم الدينية – المحاكم الشرعية – مجالس الطوائف الدينية الأخرى .

٣- المحاكم الخاصة .

ثم بين بعد ذلك في المواد التالية اختصاص كل من هذه المحاكم ، وقد نصت المادة (١٠٥) على أن :

" للمحاكم الشرعية وحدها حق القضاء وفق قوانينها الخاصة في الأمور التالية :

١- مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين .

٢- قضايا الدية إذا كان الفريقان كلاهما مسلمين ، أو كان أحدهما غير مسلم ورضي الفريقان أن يكون حق القضاء في ذلك للمحاكم الشرعية .

٣- الأمور المختصة بالأوقاف الإسلامية .

هذا وقد حدد قانون أصول المحاكمات الشرعية في الفصل الأول أهم أحكام الوظيفة والصلاحية [١] للمحاكم الشرعية ، وبين صلاحية كل محكمة ، وأين ترفع كل دعوى ، ومنع هذا القانون أي محكمة النظر في أية قضية لا تدخل ضمن اختصاصها الوظيفي [٢] .

([١]) راتب الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص١١ .

([٢]) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المواد (٢ – ٩) .

([٣]) داود ، القرارات الاستئنافية المتعلقة بالصلاحية ، ج٢ ، ص٥٥٧ – ٥٨٨ ، القرارات الاستئنافية المتعلقة بالوظيفة ص٦٠٥ – ٦٤٨ .

المطلب السادس :

طــريــق الحــكــم :

يقصد بطريق الحكم : تلك الأدلة والبينات التي يستند إليها القاضي في فصل النزاع بين الخصوم ، والقضاء في الإسلام جاء لإحقاق الحق وردع الظالم ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، ولذا فعلى القاضي وهو يسعى لتحقيق هذه الغاية المنشودة أن يتحرى العدل في أحكامه مستنداً في ذلك على الأدلة الشرعية والحجج الصحيحة ، فلا يحكم بالهوى، ولا بالتشهي وإنمـا يـسير وفق طريق واضح بيِّن ، ولذا يقول ﷺ :" لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دمـاء رجـال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه " [١] ، ومن هنا فإن الحق الذي يريد القاضي إقامته يتيه بين الأفراد ، وكل خصم يدعي أنه صاحبه [٢] ، ولذلك لابد من أدلة وبينات يستند إليها صاحب الحق لإثبات حقه أمام القاضي ، وإلا ضاع الحق وادعى رجال على غيرهم ما لا حق لهم فيه ، ولذا جاءت النصوص الشرعية مبينة جملة من هذه البينات التي ينبغي للقاضي أن يحكـم بهـا كالإقرار والشهادة ، واليمين ، ٠٠٠ وغيرها ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هـل وسـائل الإثبات التي جاءت في هذه النصوص هي على سبيل الحصر؟ فلا يحـق للقاضـي أن يحكـم بغيرها ؟ أم أنها على سبيل المثال ؟ وللقاضي أن يعتمد على وسائل أخرى للإثبات ؛ لأن البينة هي اسم لكل ما بين به الحق .

اتفق الفقهاء على أن الإقرار ، والشهادة ، واليمين حجج شرعية ، وطرق معتمـدة في الإثبات ، يمكن للقاضي أن يعتمد عليها في إصدار أحكامه القضائية [٣] .

واختلفـوا فيما سـوى ذلـك مـن وسائل الإثبات كالكتابة ، والقرائن ، والخـبرة

---

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب التفسير ، باب إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ، ج٤، ص١٦٥٦ ، مسلم ، صحيح مسلم و كتاب الأقضية ، باب اليمين على المدعى عليه ، ج٣ ، ص١٣٣٦ ، **واللفظ لمسلم.**

(٢) الزحيلي ، التنظيم القضائي، ص١٩ .

(٣) ابن عابدين ،حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٣٥٤ ، السبكي ، فصل القضية ، ص١٨، ابن الغرس ، الفواكه البدريه ، ص٧٩ ، علـي حيدر، درر الحكـام ، ج٤ ، ص٨٣ ، ابن فرحـون ، تبصرة الحكـام ، ج١ ، ص٢٢٥، جعيط ، الطريقة المرضية ، ص٨١ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٤٨٨ ، الماوردي الحاوي ، ج٢٠ ، ص٣٨٣ ، البعلى ، كشف المخدرات ، ج٢ ، ص٨٢٧ ، ابن القيم ، محمد بن أبي بكر (ت٧٥١هـ/١٣٥٠م) ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ام ، (تحقيق : محمد حامد الفقي) ، ١٩٥٣م، ص١٠٨ ، وما بعدها ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ص٥٩٣ ، مادة (٢٠٢١) .

والمعاينة ، وعلم القاضي ، وغيرها [١] .

ولعل سبب الخلاف بين الفقهاء في ذلك يعود إلى أمرين[٢] :

الأول : اختلافهم في معنى البينة في لسان الشارع : فهل يراد بها الشهادة ؟ أم أن البينة اسم يتناول كل ما يظهر الحق ويبينه ؟ .

فمن قال بالمعنى الأول حمل النصوص الواردة بطلب البينة على طلب الشهادة ، وقال بالاقتصار على موضع النص في طرق الإثبات ، ولا يجوز للقاضي أن يجتهد في استنباط طرق أخرى [٣] .

أما من قال بالمعنى الثاني ، فلم يقصر البينة على الشهادة فحسب ، بل قال ، أن كل ما يبين به الحق ، ويظهره هو طريق مشروع يسوغ للقاضي الاستناد عليه في إثبات الحقوق وفض المنازعات [٤] .

([١]) السروجي ، أبو العباس أحمد بن إبراهيم ، (ت ٧١٠هـ/١٣١٠م) ، أدب القاضي ،ط١ ،١م ، (تحقيق : صديقي بن محمد ياسين) ، دارالبشائر الإسلامية ، بيروت ١٩٩٧ ، ص١١١ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٢٩٠ ، السمناني ، روضة القضاة ، ج١ ، ص٣١٥ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص٨٢ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٢٦٥ ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص١٠٨ ، القنوجي ، ظفر اللاضى ، ص٢٧٤ ، ابن حزم ، المحلى ، ج٩ ، ص٤٢٦ .

- الزحيلي ، محمد مصطفى ، (١٩٧١م) ، وسائل الإثبات في الشريعة والقانون ، ط١ ، ١م ، دار البيان ، ج١ ، ص٩٩ ، وما بعدها .

([٢]) العمر ، أيمن محمد ، (٢٠٠٢ م) ، المستجدات في وسائل الإثبات ، ١م ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية ، كلية الدراسات العليا ، إشراف الأستاذ الدكتور علي الصوا ، ص١٦ .

- قاسم ، عبد الرحمن عبد العزيز ، (١٩٧٣ م) ، النظام القضائي الإسلامي ، ط١ ، ١م ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ص٣٥٧ .

([٣])الجصاص ، أحمد بن علي الرازي ، (ت ٣٧٠ هـ /٩٨٠م) ، أحكام القران ، ٥م ، (تحقيق :محمد الصادق قمحاوي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ ، ج٢ ، ص٢٣٢ .

- ابن مفلح ، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد ، (ت ٨١٦ هـ/ ١٤١٣م) ، المبدع في شرح المقنع ، ١٠م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٠هـ ، ج٣ ، ص٣٤٨ .

([٤]) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص١٢ ، حيث قال : " وبالجملة فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره " ، أعلام الموقعين ، ج١، ص٧١ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥٢٥ ، ابن حزم ، المحلى ، ج٩ ، ص٤٢٦ ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٩ ، ص١٧٦ ، وما بعدها .

الثاني : اختلافهم في اعتبار طرق الإثبات هل هي تعبدية أم اجتهادية ؟ فمن قال بأن طرق الإثبات تعبدية وقف عند النص ولم يجز الاجتهاد فيها ، ومنع قياس غيرها عليها ، ومن قال أنها اجتهادية معقولة المعنى توسع في اختيار طرق الإثبات ، وأجاز قياس غيرها عليها إذا حققت الغاية وهي إظهار الحق وإثباته [١] .

ولست هنا بصدد مناقشة آراء الفقهاء في هذه المسألة حتى لا تخرج الدراسة عن مقصودها ، ولكني أستطيع القول ومن خلال الاطلاع على أراء الفقهاء في هذه المسألة أن التوسع في طرق الإثبات ، والذي يتيح للقاضي مجالاً أوسع للوصول إلى الحق هو الذي يتفق مع روح الشريعة ومقاصدها ، لاسيما إذا ضبطت هذه الوسائل بضوابط واضحة وقواعد عامة لا تترك مجالاً لكي يكون الأمر عرضة لأهواء القضاة ورغباتهم الشخصية [٢]، خاصة في زماننا هذا الذي تقدم فيه العلم وتطورت فيه وسائل الإثبات كالبصمة الوراثية ، والطب الشرعي ، وتحليل فصائل الدم[٣] ، وغيرها من العلوم التي أصبحت الآن في زماننا تلعب دوراً كبيراً في كشف الحقائق والوقوف على ملابسات غامضة حاول أصحابها إخفاءها حتى لا تأخذ العدالة مجراها ، ولذا نجد المحاكم في زماننا تستعين بالطب الشرعي [٤] في كثير من القضايا التي تقف عاجزة أمامها للوصول إلى العدالة المنشودة .

([١]) العمر ،المستجدات في وسائل الإثبات ، ص٢٩ .

([٢]) المرجع السابق ، ص٣١ .

([٣]) انظر: حكم الاعتماد على هذه الوسائل في الإثبات في المرجع السابق ، ص١٤١ ، ١٥١ ، ١٦٦ .

([٤]) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٩٠) .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يتفق القضاء الشرعي الأردني مع الفقه الإسلامي في اعتبار وسائل الإثبات ، وهي نفسها التي أقرها القانون المعمول به في المحاكم الشرعية الأردنية[١] ، والتي تتمثل في الوسائل التالية [٢] :

أولاً : الإقرار .

ثانياً : البينة الشخصية (الشهادة) .

ثالثاً : البينة الخطية (الإثبات بالكتابة) ، وقد قسمها القانون إلى قسمين : مستندات رسمية وهي التي ينظمها موظفون من اختصاصهم تنظيمها كوثيقة الزواج ، وشهادة الميلاد ، وغيرها ، وهي بينة قاطعة على ما نظمت لأجله ، ومستندات عرفية ينظمها أصحابها بخطهم وتوقيعهم وعلى القاضي أن يتحقق منها مستعيناً بأهل الخبرة [٣] .

رابعاً : اليمين .

خامساً : النكول .

سادساً: الإثبات بالقرائن .

سابعاً : الإثبات بالخبرة .

ثامناً: الإثبات بالمعاينة .

ومما يجدر ذكره هنا أن على القضاء الشرعي الأردني أن لا يقتصر على هذه الوسائل فحسب ، بل عليه أن يتيح المجال أمام القاضي الشرعي أن يستند في حكمه على كل ما يبين به الحق ويظهر، وفق ضوابط شرعية تضمن تحقيق الغاية المرجوة من القضاء ، وهي إيصال الحقوق إلى أصحابها .

---

[١] قانون المحاكمات الشرعية ، المواد (٥٦ – ٩٠) ، القانون المدني الأردني ، المادة (٧٢) .

[٢] الهندي ، محمد أمين كامل ، (١٩٩٥ م) ، دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية ، ط١ ، ١م ، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، الأردن ، ص٨٧ .

[٣] انظر : القرارات الاستئنافية المتعلقة بذلك ، داود ، القرارات الاستئنافية المتعلقة بالبينة ، ص١٢٩ – ١٨٦ بالشهادة ص٤٩١ –٥٥٦ ، بالإقرار ص١٠٥ –١٢٨ ، باليمين ، ص٦٩٥ –٧٤٠ ، المتعلقة بالخبرة والقرائن ، ص٢٤١ –٢٧٠ .

الفصل الثاني :
القواعد الفقهية المختصة بالخصوم ، وتطبيقاتها
في القضاء الشرعي الأردني :

سبقت الإشارة إلى [١] أن من مقومات الحكم القضائي المحكوم له ، والمحكوم عليه ، وهذان في الأصل المدعي والمدعى عليه ، وقد ذكر الفقهاء لهما قواعد عامة في القضاء ينبغي معرفتها والإلمام بها ، لما لها من أثر كبير في تحقيق الغاية المرجوة من القضاء ، والأخذ بها يسهل على القاضي مهمته في التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، ومعرفة من تصح منه الدعوى ، ومن يقع عليه عبء الإثبات ؟ ومن يطالب باليمين ؟ وغيرها من الأمور التي لا غنى للقاضي عنها ، وفيما يلي أهم القواعد الفقهية المختصة بالخصوم ، ندرسها وفق المباحث التالية :

المبحث الأول : القواعد الفقهية المختصة بالمدعي ٠

المبحث الثاني : القواعد الفقهية المختصة بالمدعى عليه ٠

المبحث الثالث : القواعد الفقهية المشتركة بين المدعي والمدعى عليه ٠

هذا وسوف أتحدث عن كل قاعدة من حيث معناها ، ومستندها ، وآراء الفقهاء فيها،وذكر بعض الأمثلة عليها، والاستثناءات الواردة عليها إن وجدت ، ومدى تطبيق هذه القاعدة في القضاء الشرعي الأردني .

---

(١) انظر: ص٤٧ من هذه الأطروحة .

المبحث الأول :

القواعد الفقهية المختصة بالمدعي :

للمدعي في القضاء الإسلامي بعض القواعد الفقهية التي تخصه ، ومن أهم هذه القواعد ما يلي :

القاعدة الأولى : المدعي من لا يجبر على الخصومة .

القاعدة الثانية : لا يحكم إلا بطلب من المدعي .

القاعدة الأولى :

المدعي [١] من لا يجبر على الخصومة [٢] :

معنى القاعدة :

بما أن الدعوى تصرف إرادي صادر من طرف المدعي يقوم به باختياره [٣] ورضاه ، لذا فإن المدعي يملك الرجوع عن هذا التصرف فلا يجبر على الخصومة [٤] ، ومواصلة الدعوى إذا تركها ، فالدعوى حقه ويملك التنازل عن هذا الحق .

و تكمن أهمية القاعدة في أنها تعتبر حداً واضحاً في التمييز بين المدعي والمدعى عليه الذي هو مدار القضاء وعموده ، فإذا تميز للقاضي كل منهما مع معرفة الدعوى فقد عرف الطالب من المطلوب ، ومن يطالب بالبينة ومن يطالب باليمين ، والدعوى التي يطالب المدعى عليه بالجواب عنها [٥]، فإن الخصم لا يُسأل إلا عن دعوى صحيحة ، ولذلك قال سعيد بن المسيب [٦]: "أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما " [٧] .

---

(١) المدعي : من ادعى الحق على غيره إذا طلبه لنفسه ، الفيومي ، المصباح المنير ، ص٢٦٥ .

(٢) وهناك عبارات أخرى لهذه القاعدة منها : إن المدعي من إذا ترك ترك ، ومنها المدعي من إذا سكت يخلى وسكوته ،ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٣١٨ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص٦٣ ابن ضويان، إبراهيم بن محمد ،(ت ١٣٥٣هـ/١٩٣٤م)، منار السبيل،ط٢،٣م ،(تحقيق: عصام القلعجي) مكتبة المعارف ، الرياض ، ١٤٠٥هـ ، ج١ ، ص٤٢٢ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٤٦٤ .

(٣) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص١٧٧ .

(٤) الخصومة من خصم والخصم المنازع وخاصمه مخاصمة وخصاماً والخصومة الاسم من التخاصم والاختصام ، والخصم الشديد الخصومة ، وخصمك الذي يخاصمك أي : الذي يرفع أمرك إلى القضاء ، ابن منظور، لسان العرب ، ج١٢ ، ص١٨ ، الرازي ، مختار الصحاح ، ص٩٤ .

(٥) قالوا: "وذلك كالطبيب والمريض فإن الطبيب إذا عرف علة المريض ، سهل عليه معرفة الدواء الموافق لذلك المرض ، وإذا جهل العلة لا يهتدي إلى دواء " ، ميارة ، محمد بن أحمد ، (ت ١٠٧٢هـ/ ١٦٦١م) ، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام ، ط١، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج١ ، ٢٦ .

(٦) سعيد بن المسيب المخزومي القرشي كان من أوسع التابعين علماً ، رجلاً صالحاً، فقيهاً ، لا يأخذ العطاء ، وكانت له بضاعة يتجر بها في الزيت ، توفي سنة (٩٤هـ) ، وله من العمر (٧٥ سنة) ، العسقلاني : أحمد بن علي بن حجر ، (ت ٨٥٢هـ /١٤٤٩م) ، تهذيب التهذيب ، ط١ ، ١٤م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٤ م ، ج٤ ، ص٧٦ .

(٧) ابن جزي ، القوانين الفقهية ، ص٩٧ .

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة ، بأنها تشكل مبدأ من أهم المبادئ التي استقر عليها القضاء ، ذلك أن الدعوى حق المدعي ، والإنسان لا يجبر على المطالبة بحقه ، بل له الحرية في المطالبة بهذا الحق ، أو التنازل عنه شأنه في ذلك شأن بقية حقوقه الخاصة به .

هذا وقد اختلف العلماء في تحديد المدعي والمدعى عليه على عدة أقوال [١] ، اذكر أهمها:

القول الأول : المدعي هو : من يدعي حقاً يخالف الظاهر [٢] ، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر وبه قال الشافعية [٣] .

القول الثاني : المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه خلافه ، وهو الراجح عند الحنفية [٤] والحنابلة [٥] .هذا وقد رجح الإمام ابن حجر العسقلاني الرأي الثاني، وقال : "إن الرأي الأول أشهر إلا أن الرأي الثاني أسلم " [٦] .

---

(١) انظر: تفصيل هذه المسألة وأقوال العلماء ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص١٧٧ ، الزحيلي ، وسائل الإثبات ج ٢، ص ٦٤٩ ، شرقي ، عبد الرحمن محمد ، (١٩٩٩م) ، تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي ط٢، ١م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ص٧٦ .

(٢) يقصد بالظاهر أحد أمرين ، العرف ويسمى بالمعهود والغالب والعادة ، والثاني القرائن وظواهر الحال ، ياسين ، نظرية الدعوى ص١٨٣ .

(٣) النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف ، (ت٦٧٦ هـ/١٢٧٧م) ، منهاج الطالبين ، ١م ، دار المعرفة بيروت ، ج١ ، ص١٥٥ ، البجيرمي ، سليمان بن عمر ، ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ، ٤م ، المكتبة الإسلامية ، ديار بكر ، تركيا ، ج٤ ، ص٣٩٣ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١٨٥ ، أما **المالكية** فقالوا : المدعي من تجردت دعواه عن أمر يصدقه أو كان أضعف المتداعين أمراً في الدلالة على الصدق ، عبد الحفيظ ، ملك المغرب ، (١٣٢٧هـ) ، ياقوتة الحكام في مسائل القضاء والأحكام ، ط١ ، ١م ، المطبعة المولوية بفاس العليا المحمية ، ص٤ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام، ج١ ، ص١٠٥ ، المغربي ، مواهب الجليل ، ج٦ ، ص١٢٤ ، الدسوقي ،حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٢٥، القرافي ، الفروق ، ج ٤، ص١٦٠ .

(٤) يقول الزيلعي : وهو حد صحيح لكونه جامعاً للمحدود ، مانعاً من دخول غيره فيه ، الزيلعي ، تبين الحقائق ج٥ ، ص٣١٨ ، السرخسي ، المبسوط ، ج١٧ ، ص٣١ ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ص٥٤١ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص٦٣ .

(٥) المرداوي ، الإنصاف ، ج١١ ، ص٣٦٩ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٣٨٤ ، سالم ، موسى بن أحمد المقدسي، (ت ٦٩٠هـ /١٢٩١م) ، زاد المستقنع ، ١م ، (تحقيق : علي محمد الهامدي) ، مكتبة النهضة ، الحديثة ، مكة المكرمة ، ، ج١ ، ص٢٥٣ .

(٦) وقد أورد على الأول بأن المودع إذا ادعى الرد أو التلف ، فإن دعواه تخالف الظاهر، ومع ذلك فالقول قوله ابن حجر ، أحمد بن علي ، (ت ٨٥٢هـ / ١٤٤٨م) ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ١٣م ، =

ونقل المرداوي عن بعض الفقهاء أنه ينبغي تقييد هذه القاعدة بأن لا تتضمن دعواه شيئا إن لم يثبت لزمه حدٌ أو تعزير ، كمن ادعى على إنسان أنه زنى بابنته ، أو أنه سرق له مالاً ، فإنه قاذف في الأولى ثالب لعرضه في الثانية ، فإن لم يثبت دعواه لزمه حد القذف في الأولـى والتعزير في الثانية [١].

ولكن قد يجاب عن ذلك بأن هذا القيد لا ضرورة له ، وذلك لأنه لو ادعى على فـلان بأنه زنى بابنته ثم ترك الدعوى ، فإن هذا المعيار يصدق عليه ، ذلك أنه يترك من حيث هـذه الدعوى ، ولكنه يطالب بما تضمنته [٢] في دعوى جديدة تقام عليه من قبل المدعى عليـه فـي الدعوى الأولى .

ولكن لا بد من تقييد القاعدة بأن المدعي من لا يجبر على الخصومة فيما عدا حقـوق الله، فإنه يجبر عليها ولا يترك إذا تركها ، فلو ادعى رجل أن زوجته هي أخته من الرضـاعة مثلاً ، ثم ترك هذه الدعوى فإنه لا يترك ، ويجبر عليها ، ويقيم القاضي مدعياً باسم الحق العام ، ويتحقق من الأمر حسب الأصول .

من الأمثلة على القاعدة :

١- لو ادعى شخص على أخر ديناً ثم ترك المطالبة به ، فإنه لا يجبر على الخـصومة ، لأن الدين حقه وقد تنازل عنه .

٢- لو ادعت الزوجة عدم قبض المهر أو جزء منه ، ثم تركت المطالبة به فإنها لا تجبر على الخصومة ؛ لأن المهر حقها ، وقد تنازلت عن المطالبة به .

= (تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي/ محب الدين الخطيب)، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩هـ، ج٥، ص٢٨٣، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٩، ص٢٠٢، ولعل الواقع العملي يكشف أن القولين السابقين يؤديان في كثير من الفروع إلى نتائج واحدة اللهم إلا في بعض الفروع المعدودة التي ذكروا منها : مسألة الزوجين الكافرين اللذين أسلما قبل الوطء فقال الزوج :أسلمنا معاً ، فالنكاح باقٍ بيننا، وقالت المرأة: بل أسلمنا بالترتيب ، فلا نكاح بيننا قالوا : ما قاله الزوج خلاف الظاهر المستفاد من الغالب لأن الغالب وقوع إسلامهما مرتباً ، لا معاً فهوالمدعي بناءً على المعيار الذي تبناه جمهور المالكية والشافعية ، ولكنه لو سكت لأجبر على الخصومة ، فهو المدعى عليه بناءً على المعيار الذي تبناه جمهور الحنفية ، فعلى الأول تحلف المرأة ويرتفع النكاح، وعلىالثاني يحلف الـزوج ويبقى النكـاح ، المـرداوي ، الإنصاف ، ج ١١ ، ص٣٩٧ ، الأنصاري ، زكـريا بـن محمد ، (ت ٩٢٦هـ/١٥٢٠م) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، ط١ ، ٢م ، دار الكتـب العلميـة ، بيـروت ، ١٤١٨ هـ ، ج٢، ص٣٩٧ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص١٩١ .

([١]) المرداوي ، الإنصاف ، ج١١ ، ص٣٧١ .

([٢]) المرجع السابق .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

للتفريق بين المدعي والمدعى عليه في القضاء الشرعي الأردني،فإنه يفرق بين أمرين:

أولاً: في بداية الدعوى فإن المدعي هو: من يقدم لائحة الدعوى ، والمدعى عليه مــن يكلــف بالجواب عنها [١] .

ثانياً: في أثناء المحاكمة فقد يختلط الأمر فيصبح المدعي مدعى عليه ، والمدعى عليه مــدعياً فيكون التمييز بينهما على أساس أن المدعي من لا يجبر على الخصومة ، والمدعى عليه مــن يجبر على ذلك ، ومن مظاهر تطبيق القاعدة في القضاء الشرعي الأردني ما يلي :

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية :

نصت المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على ما يلي [٢] :

تسقط المحكمة الدعوى :

١- إذا لم يحضر أحد من الفرقاء [٣] .

٢- إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه وطلب الإسقاط .

أما إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه بعد تبليغه الموعد المعين حسب الأصول فتقرر المحكمة سماع الدعوى والاستمرار في المحاكمة بحقه غيابياً بناء على طلب المــدعي ، ويجوز للمحكمة من نفسها محاكمة المدعى عليه غيابياً إذا كان موضوعها مما تقبل فيه شــهادة الحسبة .

---

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١١و١٣) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (٥٠) .

(٣) أما إذا حضر الطرفان وأبدى المدعي عدم الرغبة في الاستمرار بدعواه ، وهو حق مــن حقوقه المشروعة فسألت الخصم عنه فإن لم يطلب شيئاً ، أو لم يوافق على طلب المدعي قررت المحكمة ترك السير بالدعوى وعدم متابعة النظر فيها وليس إسقاطها ، وهــو مــا جرى عليه قضاء هذه المحكمة (عمان) الاستئنافية ، انظر: القرار رقم (١٧٣٠٠) ، لأن ما يترتب على ترك الخصومة فــي الدعوى من آثار يختلف عما يترتب على إسقاطها إذ أن ترك الخصومة بمعناه العام هــو تنازل الخصم عــن الدعوى ويترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الخصومــة فيها بما فــي ذلك لائحة الدعوى ، وبالتالي عدم تجديدها ، انظر أصول المرافعات ، محمد العشماوي ، وعبد الوهاب العشماوي ، ج٢ ، ص٤٣٧ -٤٤٧ ، في حين أن إسقاط الدعوى ـ وهذا ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة (أي عمان) الاستئنافية ـ لا أثر قضائيًا له على قرارات وإجراءات المحكمة قبل إسقاطها وبعد تجديدها يسار فيها مــن النقطة التي توقفت عندهــا بمعنى أن الــدعوى تبقى قائمة وكذلك الإجراءات والقرارات التي تمت فيها قبل الإسقاط ،انظر: القرارات الاستئنافية ذوات الأرقام التالية:(١١٥٧٦، ٢٠٥٣٤ ،) ، قرار محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٨٧٤١)، بتاريخ ٢٠٠٣/٨/٢١م .

وهذه المادة جاءت تطبيقاً للقاعدة الفقهية السابقة : المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، فالعبرة في إسقاط الدعوى هي غياب المدعي ، وكأنه بغيابه قد تنازل عن حقه فلا يجبر على الخصومة .

ثانياً: محكمة الاستئناف الشرعية :

فإن الناظر في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية [١] ،يجدها تنص صراحة على هذه القاعدة الفقهية ومنها :

أولاً : " المدعي من إذا ترك تُرك إنما يكون فيما إذا كانت الدعوى بحق شخصي ليس فيها حق عام شرعي " [٢] .

ثانياً : " للمدعي الحق بأن يسير في الدعوى أو يتركها ، ولا يحق للمحكمة أن تجبره على الاستمرار في الادعاء ، وإذا تعلق بالدعوى حق الله تعالى فلها أن تقيم مدعياً باسم الحق العام الشرعي يدعي عليه بذلك "[٣] .

ثالثاً : " والدفع دعوى ، والدعوى لا بد من فصلها حتى إذا لم يطلب الخصم إسقاط الدفع ، ينبغي على المحكمة أن توقف السير في الدفع ؛ لأن المدعي من إذا ترك تُرك " [٤] .

([١]) أما محكمة الاستئناف الشرعية في ، اربد فقد نصت على هذه القاعدة الفقهية في قرراتها الاستئنافية أيضاً ومنها : "عملا بالقاعدة الشرعية في تعريف المدعي أنه من إذا ترك ترك" ، محكمة الاستئناف الشرعية اربد ، قرار رقم ، (١٤٧) ، تاريخ ٢٠٠٤/٣/١ م ، وكذلك قرار رقم (٣١٨) ، تاريخ ٢٠٠٤/٥/٥م وقرار رقم ، (٢٧٠) ، تاريخ ٢٠٠٤/٤/٢١ م .

([٢]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٣٣٤١) ، تاريخ ١٩٨٢/١٢/١٣م ، داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج١، ص٢٤٨ .

([٣]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٧٩٦٧) ، عبابنه ، علي إبراهيم مصطفى ، (٢٠٠٠م) إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية بقرارات محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية ، ط١ ، ١م ، مطبعة الروزنا ، اربد ، ص٢٣٦ ، "ومثاله أن يدعي شخص أنه طلق زوجته ثم ترك الدعوى فإنه لا يترك بل على المحكمة أن تقيم مدعياً باسم الحق العام الشرعي وتتحقق من وقوع الطلاق أو عدمه ، ويصبح الزوج مدعى عليه " ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (١١٩١٤) ، تاريخ ١٩٦٢/١/٢٩م ، داود ، أحمد محمد ، (١٩٩٩م) ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ط١، ٢م ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ج٢ ، ص٧٧٥.

([٤]) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (٣٧١٨٠) ، تاريخ ١٩٩٤/٥/٥م ، وقرار رقم (١٥٠٣٨)، تاريخ ١٩٦٧/١/١٣م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢، ص١٠٠٤ .

القاعدة الثانية:

لا يحكم إلا بطلب من المدعي[١]:

معنى القاعدة :

تدل هذه القاعدة على أنه لا بد للمدعي أن يطلب من القاضي أن يحكم له بالحق الذي يدعيه على المدعى عليه ، كأن يقول المدعي في دعواه: "وأنا أطالبه به ، أو مره ليعطيني حقي أو بأية عبارة تدل على ذلك " [٢] .

و أهمية هذه القاعدة تكمن في أنها تشكل ضمانة أساسية من ضمانات تحقيق العدالة القضائية التي هي الغاية من القضاء ، ذلك أن القول بها يؤدي إلى حياد القاضي فلا يحكم القاضي إلا بطلب ، كما أنها تدفع أي تهمة عنه تشكك في مصداقيته ، ونزاهته .

هذا وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة على قولين :

القول الأول : يرى أنه لا يكفي أن يحضر المدعي إلى القاضي ، ويذكر له دعواه ، بل لا بد أن يطلب المدعي من القاضي أن يحكم له بحقه الذي يدعيه على خصمه ، فلو قال المدعي : لي عليه (أي المدعى عليه) عشرة دراهم ولم يزد على ذلك [٣] ، أو قال ادعى أن لي قبله كذا واقتصر على ذلك لا تقبل الدعوى حتى يتمم فيقول: وأطالبه ،أو أوريد أخذه منه ، أو أن يؤديه إليَّ [٤] ، أو يأتي بلفظ أخر يدل على ذلك وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة[٥] .

---

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٧ ، ص٤٢٦ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص١٠٦ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٣٣ ، السبكي ، فصل القضية ، ص١٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٦٥ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١٩١ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤٢٢ ، البهوتي شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥١٤ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص٦١٢ ، حيث نصت المادة (٢١٠٧) على ما يلي : يلزم في الدعوى التصريح بالطلب فلو ذكر أن له كذا ولم يقل وأنا أطالبه ، أو ما في معنى ذلك لم تكن الدعوى صحيحه ، الأبياني ، مباحث المرافعات ، ص٩ ، علي قراعه ، الأصول القضائية ، ص٢٨٩ ،

(٢) ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص١٠٦ .

(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٧ ، ص٤٢٦ .

(٤) ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص١٠٦ .

(٥) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٧، ص ٤٢٦ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١٩١ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤٢٢ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٤١٨ .

القول الثاني : يرى عدم اشتراط المطالبة من قبل المدعي ، بل يكفي في ذلك تقديم دعواه ، وبه قال أصحاب الفتاوى من الحنفية [١] ، وهو قول عند الشافعية و الحنابلة [٢] .

أدلة الفريقين :

أولاً : أدلة أصحاب القول الأول :

١ – أن حق الإنسان إنما يجب إيفاؤه بطلبه ، فالقاضي لا يعلم حقوق الناس حتى يحكم بينهم دون طلبهم [٣] .

٢ – الحكم حق المدعي فيجوز أن يكون غير طالب له ، وإنما ذكر القضية على سبيل الحكاية فإذا طلبه تبين للقاضي غرضه [٤] .

٣ – ولأن القاضي نُصِّب لقطع الخصومات ، لا لإنشائها فإذا طلب المدعي القضاء له بحقه أجابه إلى طلبه ، وإن سكت سكت ، فإن نظر في الدعوى من غير طلب للحق من قبل المدعي كان منشئا للخصومة ، ومؤججاً لها ، وهو ما لم يجعل القضاء لأجله [٥].

ثانياً : أدلة أصحاب القول الثاني :

استدلوا بأن المقدمات ودلالة الحال تشير إلى أن المدعي لا يقصد بدعواه إلا الحكم له بحقه وإعطاءه إياه ، وكون المدعي يقول ذلك حكاية واستفتاءُ بعيد جداً ؛ لأن مجالس القضاء لم تنشأ لهذا الغرض [٦].

والراجح فيما أرى ـ والله أعلم ـ هو القول الأول لقوة أدلتهم ، وضماناً لحياد القاضي فإن القاضي قد نصب لقطع الخصومات لا لإنشائها ، فإذا بين المدعي طلبه أجابه وإلا فلا، ثم إن صاحب الحق قد يدعي الحق أمام القاضي دون أن يطالبه بالحكم ثم يترك الدعوى تنازلا عن حقه ،وقد تقرر سابقاً أن المدعي من لا يجبر على الخصومة ، وبالتالي فإنه لا يحكم إلا بطلب.

ومما ينبغي ذكره هنا أن هذا الشرط إنما يطلب إذا كان موضوع الحكم في حقوق العباد.

---

(١) وذهبوا إلى اعتبار هذا الشرط ضعيفاً ،بخلاف أصحاب المتون الذين جعلوه شرطا، والقول الراجح عندهم هو قول أصحاب الفتاوى ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٧ ، ص٤٢٧ .

(٢) الماوردي ، الحاوي ، ج٢ ، ص٣١٦ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ص٥١٤ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٣٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٦٥ .

(٤) الأبياني ، مباحث المرافعات الشرعية ، ص٨ .

(٥) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٤١٧ ، نقلاً عن أحمد إبراهيم ، موجز في المرافعات الشرعية ، ص١١ .

(٦) المرجع السابق .

أما اذا كان الحكم في حقوق الله فلا يشترط فيها الطلب ؛ لأن دعوى الحسبة يستطيع كل مسلم أن يطالب بالحكم بها لأن متعلق النفع بها عام [١] .

من الأمثلة على القاعدة :

أولاً : لو ادعى رجل على أخر مبلغ ألف دينار أمام القاضي ، فـلا بد أن يقول في دعواه حتى يحكم له القاضي بهذا المبلغ : وأنا أطالبه به ، أو أية عبارة أخرى تفيد ذلك .

ثانياً : أن تدعي امرأة على زوجها عدم النفقة أمام القاضي ، فلا بد أن تطالـب القاضـي أن يحكم على زوجها بالنفقة .

ثالثاً : لو ادعت زوجة أن زوجها طلقها ثلاثاً، ثم تركت الدعوى ، فعلى القاضي هنا أن لا يترك الدعوى ، بل عليه أن يقيم مدعياً باسم الحق العام ويسير في الدعوى وفق الأصول .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

يستثنى من هذه القاعدة الحكم الضمني [٢] ، فلا يشترط فيه سبق الدعوى والخـصومة ومن أمثلة ذلك [٣] :

أولاً: إذا شهد الشهود على خصم بحق ، وذكروا اسمه ، واسم أبيه وجده ، وقُضي بذلك الحـق كـان قضاءً بنسبه ضمناً ، وإن لم يكن في حادثة النسب .

ثانياً : لو شهد شهود بأن فلانة زوجة فلان ، وكّلت زوجها فلانا في كذا ، علـى خـصـم منكـر ، وحكم القاضي بتوكيلها ، كان قضاءً بالزوجية بينهما .

فالقاضي قد حكم بالنسب في المثال الأول ، وبالزوجية في الثاني من غير طلب ، فكان حكم القاضي بالحق المحكوم به قصداً ، وحكم بالنسب أو الزوجية ضمنا [٤].

---

(١) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٣٣٢ .

(٢) الحكم الضمني هو: الحكم الذي يكون المحكوم فيه غير مقصود ، بل هو داخل ضمن الحق المدعى المحكوم به قصداً ، ابن الغـرس ، الفـواكه البدريه ، ص٥٣ ، جعيط ، الطريقة المـرضية ، ص٢٧٨ ، ياسين ، نظرية الدعوى ص٦٦٥ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ص٤٧٥ .

(٣) الحموي ، غمز عيون البصـائر ، ج٢ ، ص٣٨٤ ، علـي حيدر ، درر الحكـام ، ج٤ ، ص٦٦٦ ، ابن الغرس ، الفواكه البدريه ، ص٥٣ ، علي قراعـه ، الأصـول القضائية ، ص٢٩٧ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٧٦ .

(٤) المرجع السابق ، ص٤٧٦ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي لا يكتفي بأن يحضر المدعي إلى القاضي ويذكر دعواه ، بل لا بد أن يطلب المدعي من القاضي أن يحكم له بحقه الذي يدعيه ، وهذا ما عليه العمل في المحاكم الشرعية الأردنية ، حيث أصبح من المقرر أنه لا يحكم إلا بطلب [1] ، ومن مظاهر تطبيق هذه القاعدة في القضاء الشرعي الأردني ما يلي :

أولاً : في قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- نصت المادة (١١) من هذا القانون على ما يلي :

يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل من الفرقاء وشهرته ، ومحل إقامته، وعلى الادعاء ، والبيانات التي يستند إليها ، وتبلغ صورة عن اللائحة إلى كل من المدعى عليهم[2] ، فالادعاء هو موضوع الدعوى كطلب النفقة أو التفريق أو الحضانة وغيره [2] .

٢ – اشترط قانون أصول المحاكمات الشرعية على المحاكم الشرعية ألا تقوم بعمل بعض الإجراءات ، إلا بناءً على طلب ومن أهمها[3] :

([1]) هذا إذا كان الحق المدعى به حقاً خاصاً ، فقد نصت محكمة الاستئناف الشرعية في عمان ، بقرارها رقم (٢١٧٤٠) ، " لا يجوز الحكم بالحقوق الخاصة بدون طلب " ، عبابنه ، إيضاحات في أصول المحاكمات الشرعية ، ص٢٢٩ ، أما الحق العام فعلى القاضي أن يستدعي أحد الموظفين ،أو غيرهم للإدعاء باسم الحق العام الشرعي حتى تكون الخصومة ، ويوجد مدعي ومدعى عليه ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٩٠٧٦) ، تاريخ ١٩٥٦/٢/٢٧ م ، داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٢٤٥

([2]) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص١٥٢ ، وقال بعد أن ذكر أهم الأمور التي يجب ذكرها في اللائحة ، ولكن لا يشترط في الادعاء الطلب بالحكم بشيء مبدئياً ، فلو كتب في اللائحة اسم الموضوع لكفى ، ولكن تقوم المحكمة في الجلسة الأولى بإلقاء بعض الأسئلة على المدعي ليوضح دعواه ، ومطالبه ، ثم تسير في الدعوى حسب الأصول ، فالنتيجة كما يرى الباحث أنه لا يحكم إلا بطلب ، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الشرعية في كثير من قراراتها منها : " أن مجرد تقديم استدعاء الدعوى إلى المحكمة بغير الادعاء بمضمونه ، أو تكراره في مجلس الحكم لا يشكل دعوى بالوجه الشرعي ؛ لأن الدعوى شرعاً حسب نص المادة (١٦١٣) ، من المجلة (هي طلب واحد حقه من أخر في حضور القاضي) وهذا هو المعبر عنه شرعاً : الادعاء بالدعوى ، وهو واجب أيضاً عند السير في الدعوى بعد إسقاطها، وتجديدها حسب الأصول ، محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (٢٢٤٥٠) ، تاريخ ١٩٨١/١٠/١م داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٣٢٤ .

([3]) انظر: مثل هذه الإجراءات في المواد التالية من القانون : ٣٦ ، ٤٩ ، ٥٢ ، ٨٤ ، ٧٦ ، ٩٦ ، ١١٣ ، وغيرها .

أ – الحكم في دعوى الدفع ، حيث نصت المادة (٣ / الفقرة ٧) ،على أنه تحكم المحكمة في دعوى الدفع بناء على طلب الدافع .

ب– إسقاط دعوى المدعي ، حيث نصت المادة (٥٠/ الفقرة ٢) ، تسقط المحكمة الدعوى ، إذا لم يحضر المدعي ، وحضر المدعى عليه وطلب الإسقاط [١] .

ج– رد أهل الخبرة حيث نصت المادة (٨٧) " ، يقدم طلب الرد إلى المحكمة التي تنظر الدعوى ، مشتملاً على الأسباب التي يعتمد عليها طالب الرد في طلبه " .

٣– أن قانون أصول المحاكمات الشرعية اعتبر أن الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم ، أو بأكثر مما طلبوه [٢] ، سبب لأن يطلب المحكوم عليه إعادة المحاكمة ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن القاضي يجب عليه ألا يحكم إلا بطلب ، وأن يلتزم بحدود ما طلبه الخصوم دون زيادة أو نقصان حسب الأصول .

ثانياً : في قانون الأحوال الشخصية الأردني :

فقد نص هذا القانون في كثير من الإجراءات التي تقوم بها المحاكم الشرعية:أن لا تتم هذه الإجراءات إلا بطلب من الخصوم ، ومن أهمها ما يلي [٣] :

١– فقد نصت المادة (٢٣) من القانون : " للقاضي عند الطلب ، فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ، ما لم تحمل الزوجة من فراشه ، أما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج .

٢– فسخ عقد الزواج بسبب عدم الالتزام بالشرط الذي في العقد من الطرف الأخر ، فقد نصت المادة (١٩/ فقرة٢،١) على ما يلي : " فإن لم يفِ به الزوج فسخ العقد ، ولها المطالبة بسائر حقوقها الزوجية " ،" فإن لم تفِ به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج وأعفي من مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها " .

ثالثاً : محكمة الاستئناف الشرعية :

فإن المتتبع لقرارات محكمة الاستئناف الشرعية [٤] ، يجدها تنص صراحة على هذه

---

(١) لا يجوز للمحكمة أن تسقط الدعوى إذا غاب المدعي عن دعواه ، وحضر المدعى عليه ولم يطلب إسقاطها وإنما طلب تأجيلها ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٨٩٨٠) ، عبابنه ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص٩١ .

(٢) القانون المعدل لقانون أصول المحاكمات الشرعية ، رقم (٨٤) لسنة ٢٠٠١م ، المادة (١٠) .

(٣) انظر : مثل هذه الإجراءات في المواد التالية من قانون الأحوال الشخصية : ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣ ، ٤٩ ، ٥٣ ، ٦٧ ، ٧٦ ، ٧٧ ، وغيرها كثير .

(٤) أما محكمة الاستئناف الشرعية في اربد ، فقد نصت صراحة على ذلك بقرارها رقم (٤٠٨) ، بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٦م، " لا يجوز الحكم بدون طلب " .

القاعدة ومنها :

أولاً : " لا يجوز الحكم بالحقوق الخاصة بدون طلب " [١] .

ثانياً : " بما أن المحكمة الابتدائية حكمت على المستأنف بنفقة تعليم للبنت ،مع أن المستأنف عليها لم تطالب بها في لائحة الدعوى ، فيكون الحكم بتلك النفقة حكماً بغير طلب، فتقرر فسخه [٢] .

ثالثاً : " ... أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها بفسخ عقد النكاح ، دون أن يسبق هذا الحكم ادعاء بفساد العقد من قبل مدعٍ ، وكما هو معلوم قضائياً ، لا يحكم بدون طلب وادعاء[٣].

ويرى الباحث أن استثناء الحكم الضمني من القاعدة ، يرد أيضاً في القضاء الشرعي الأردني ، ومثال ذلك :

١- إذا شهد الشهود على خصم بحق وذكروا اسمه ، واسم أبيه ، واسم جده وحكم القاضي بعد ذلك بالحق ، كان حكما بنسبه ضمناً ، وإن لم يكن في حادثة النسب [٤] .

٢- وإذا شهد الشهود أن فلانة زوجة فلان ، قد وكلت زوجها في الأمر الفلاني في الدعوى المقامة على الخصم المنكر ، وحكم القاضي بالتوكيل فيكون حكماً ضمنيا بالزوجية بينهما [٥] .

٣- ولو أن الزوجة رفعت دعوى نفقه على زوجها ، وحكم القاضي لها بالنفقة فيكون حكماً ضمنياً بالزوجية بينهما .

---

(١) سبق ذكره انظر ص ٨٢ من هذه الأطروحة .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم ، (٥٩٣٩٩) ، بتاريخ ٢٠٠٣/١١/٢٣م ، عبابنه ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، القرارات رقم ، (١٥٠٣٨ ، ١٨٩٨٠ ، ١١٩٢٩ ، ١٢١٥٢ ، وغيرها) ، ص٩١-٩٢ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (١٨٧٤٥) ، بتاريخ ١٩٧٦/١/٤ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١، ص٢١٨ ،

(٤) داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٧٤٦ ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٢٢٩٤) ، تاريخ ١٩٨١/٧/٢٦م ، حيث جاء فيه : "ولا بد أن تكون الدعوى مشتملة على موضوع الخصومة الحقيقي ، والنسب يثبت ضمن إثبات الحق المترتب عليه" ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٠٦١ .

(٥) داود ، أصول المحاكمات الشرعية ،ج٢ ، ص٧٤٦ .

المبحث الثاني :

القواعد الفقهية المختصة بالمدعى عليه :

كما أن للمدعي قواعد فقهية ذكرها الفقهاء فإن للمدعى عليه أيضاً قواعد ينبغي على القاضي مراعاتها ، ومن أهم هذه القواعد ما يلي :

القاعدة الأولى : المدعى عليه من يجبر على الخصومة .

القاعدة الثانية : الأصل براءة الذمة .

القاعدة الثالثة : القضاء يقتصر على المقضي عليه ، ولا يتعداه إلى غيره .

القاعدة الأولى :

المدعى عليه من يجبر على الخصومة [١] :

معنى القاعدة :

بما أن الدعوى تصرف إرادي يقوم به المدعي باختياره ورضاه ، ولكن الجواب عن هذه الدعوى هو أثر من أثار الدعوى الصحيحة [٢] ، التي يجب على المدعى عليه الإجابة عنها " وإذا سكت عن الجواب لم يترك ، بل يقال إن أجبت ، وإلا جعلتك ناكلاً وقضيت عليك " [٣] .

وهذه القاعدة من أهم المبادئ الأساسية في القضاء ، إذ لا يمكن أن نتصور فصل النزاع، وإيصال الحقوق إلى أصحابها ، إذا لم يجبر المدعى عليه على الخصومة ، ومن هنا فإن الشرع والعقل يستلزمان القول بهذه القاعدة ، والعمل بها ، ذلك أن الناظر في جميع الأقضية سلفاً وخلفاً يجد أنها قائمة على هذه القاعدة ؛ لأن الجواب عن الدعوى أثر من أثار الدعوى الصحيحة التي يجب على المدعى عليه الإجابة عنها ، وعليه فإنه يجبر على الخصومة ليؤدي حق صاحبه إذا ثبت عليه ، " كما أن الشبهة قد قامت حول براءة ذمة المدعى عليه ، وأن التهمة أثيرت حول الحق المتنازع عليه ، فلا يستطيع أن يترك الخصومة باختياره ، ويجبر عليها لأنه أصبح خصماً في النزاع بغير إرادته للدفاع عن نفسه ، أو لأداء الحق إلى صاحبه " [٤] .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- لو ادعت امرأة على رجل بأنها زوجته ومدخولته بالعقد الشرعي ، فإن الرجل هنا وهو المدعى عليه يجبر على الخصومة بالإجابة عنها ، إذا كان حاضراً أما إذا كان غائباً ،أو لم يحضر بعد تبليغه حسب الأصول ، تكلف الزوجة بإثبات دعواها ، ويحكم عليه ، فالمدعى عليه هنا يجبر على الخصومة بخلاف المدعي .

٢- لو ادعى رجل على أخر مبلغاً من المال ، فإن المدعى عليه يجبر على الخصومة ، ولا يملك تركها حتى يقضى عليه ، أو يثبت براءة ذمته .

---

(١) هذه القاعدة يذكرها الفقهاء مع قاعدة المدعي من لا يجبر على الخصومة ، ولذا فإنني سأكتفي هنا بذكر معناها ، وبعض الأمثلة عليها ، أما أقوال العلماء فيها ومراجعهم فلينظر إلى التفصيل السابق عند الحديث عن قاعدة المدعي من لا يجبر على الخصومة ، انظر : ص٧٤ من هذه الأطروحة .

(٢) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص١٧٧ .

(٣) البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤٨٨ .

(٤) الزحيلي ، وسائل الإثبات ، ج٢ ، ص٦٥٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لقد تقرر فيما سبق أن المدعي في القضاء الشرعي الأردني من لا يجبر على الخصومة، وأنه إذا ترك تُرك [١] ، وعليه فإن المدعى عليه يكون إذن من يجبر على الخصومة، وإذا تركها لم يُترك ، وهذا الذي عليه العمل في المحاكم الشرعية الأردنية ومن مظاهر ذلك ما يلي :

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- نصت المادة (٣١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أن: " للمحكمة أن تجلب في الحال المدعى عليه في المواد التي ترى المحكمة أنها مستعجلة ".

و هذه المادة تدل على أن : المدعى عليه من يجبر على الخصومة ، ولا يترك إذا تركها بدليل أنه يجلب في الحال في القضايا المستعجلة .

٢- أوجب القانون على المحكمة أن تقوم بتبليغ المدعى عليه تبليغاً صحيحاً حسب الأصول، وأن تحدد موعداً مناسباً للمحاكمة [٢] ، فإذا حضر المدعى عليه باشرت المحكمة بالمحاكمة حسب الأصول ، وإذا تغيب المدعى عليه ولم يحضر فقد نصت المادة (٥٠) من القانون على أنه : " إذا لم يحضر المدعى عليه بعد تبليغه الموعد المعين حسب الأصول فتقرر المحكمة سماع الدعوى والاستمرار في المحاكمة بحقه غيابياً بناءً على طلب المدعي ، ويجوز للمحكمة من نفسها أن تقرر محاكمة المدعى عليه غيابياً ، إذا كان موضوعها مما تقبل فيه الشهادة حسبة " .

وهذه المادة تدل دلالة واضحة على أن المدعى عليه من يجبر على الخصومة ، بدليل أنه إذا غاب يحاكم غيابياً [٣] بخلاف المدعي .

---

(١) انظر : ص ٧٧ من هذه الأطروحة .

(٢) انظر : المواد الخاصة بالتبليغ في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المواد (١٨ – ٣٠) .

(٣) مع أن قانون أصول المحاكمات الشرعية أجاز الحكم على المدعى عليه غيابياً إلا أنه قد ضمن له حقه من خلال ما يلي :

أ- أوجب على المحكمة تبليغ المدعى عليه بالحكم الغيابي ، قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١١٤)

ب- منحه حق الاعتراض على هذا الحكم الغيابي خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ تبليغه، المرجع السابق ، المادة (١٠٦).

ج- منحه حق استئناف الحكم الغيابي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه ، المرجع السابق، المادة (١/١٣٦) .

ثانياً: عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

قبل بيان أهم قرارات محكمة الاستئناف الشرعية المتعلقة بموضوع القاعدة لا بد من بيان ما عليه العمل في المحاكم الشرعية بالنسبة لمحاكمة المدعى عليه بعد تبليغه تبليغاً صحيحاً، وذلك من خلال ما يلي :

أولاً: في حالة حضور المدعى عليه المحاكمة ، فالمدعى عليه إما أن يقر ، وإما أن ينكر، أو يسكت ، وإما أن يدفع الدعوى [١] :

١- فإذا أقر بالدعوى حكم القاضي عليه بذلك ؛ لأن الإقرار حجة على المقر .

٢- أما إذا سكت ، أو أنكر ما جاء في دعوى المدعي ، فيطلب القاضي من المدعي البينة ، ويمهله القاضي لإحضارها إذا طلب ذلك ، فإذا أثبت صحة دعواه بعد اتباع الإجراءات الخاصة بالإثبات المقررة لكل وسيلة منها ، حكم القاضي له بناءً على بينته .

٣- أما إذا أتى المدعى عليه بدفع فإن عبء الإثبات ينتقل عليه غالباً [٢] ، لإثبات دفعه فإذا أثبته ردت الدعوى ، وإذا لم يثبته نرجع إلى الدعوى الأصلية .

فإذا لم يستطع المدعي إثبات دعواه يعتبر عاجزاً عن الإثبات ويبقى له الحق في تحليف المدعى عليه اليمين الشرعية ، بعد أن يفهمه القاضي أن له الحق في ذلك ، فإذا طلب ذلك كلف القاضي المدعى عليه حلف اليمين ، ويُصور له القاضي اليمين الشرعية ، فإذا حلف ردت الدعوى ، وإذا نكل حكم عليه .

ثانياً: في حالة غياب المدعى عليه ، فإن المدعى عليه في هذه الحالة يُنزل منزلة المنكر ، وعلى المدعي إثبات دعواه حسب الأصول ، وإلا أعتبر عاجزاً عن الإثبات وردت الدعوى.

وبناءً عليه فإن جميع القرارات الاستئنافية المتعلقة بالخطوات السابقة هي تطبيق عملي لهذه القاعدة [٣] .

---

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص١٧٢ ، محكمة الاستئناف الشرعية،عمان ، قرار رقم (٩٧١٣) ، عبابنه ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص٢٣٥ .

(٢) لأنه يستثنى من ذلك بعض الصور : فمثلاً من شروط صحة دعوى نفقة الأقارب الإدعاء بيسار المدعى عليه ، فلو دفع المدعى عليه دعوى نفقة أولاد بالإعسار، فإن مدعي اليسار هو الذي عليه عبء الإثبات ، لأن بينة اليسار مقدمة على بينة الإعسار ، قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٧٤) ، حمزه ، الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة ، ص١٨ .

(٣) داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية المتعلقة بالإقرار ، ص١٠٥ – ١٢٨ ، بالبينة، ص ١٢٩ – ١٨٦ ، بالدفع ، ص٤٠٣ -٤٣٤ ، باليمين ، ص٦٩٥ – ٧٤٠ .

القاعدة الثانية :

الأصل بــراءة الــذمة [١] :

معنى القاعدة :

الأصل أن تكون ذمة [٢] كل شخص بريئة ، أي غير مشغولة بحق الغير؛ لأن الشخص يولد وذمته بريئة ، وشغلها يحصل بالمعاملات التي يجريها فيما بعد ، فكل شخص يدعي خلاف هذا الأصل يطلب منه أن يبرهن على ذلك [٣] .

ويمكن الاستدلال على القاعدة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : " البينة على المــدعي واليمين على المدعى عليه " [٤] .

وجه الدلالة : يدل الحديث على أنه لمّا كان جانب المدعي ضعيف ، لأنه يدعي خلاف الأصل (وهو براءة الذمة بالنسبة للمدعى عليه) كلف الحجة القوية وهي: البينة ، وأما المدعى عليه (المنكر) ، فكان جانبه أقوى ، (لتمسكه بالأصل) فاكتفي منه بالحجة الضعيفة ، وهــي: اليمين [٥] ، فأعطى الشارع أقوى الحجتين لأضعف الجــانبين ، وأضــعف الحجتــين لأقــوى الجانبين، ليُجبر الضعيف بالقوي ليحصل المعادلة بينهما [٦] .

وتكمن أهمية القاعدة في أنها أصل من الأصول القضائية التي لا خلاف فيها بين الفقهاء[٧]،

---

[١] ابن نجــيم ، الأشباه والنظائــر ، ص٥٩ ، السبكــي ، الأشباه والنظائر ، ص٢١٨، السيــوطي ، الأشباه والنظائر ج١ ، ص١٢٠ ، محمد عميم الإحسان ، (١٩٨٦م) ، قواعد الفقه ، ط١ ، ١م ، ص٥٨ ، الزرقا، أحمد محمد ، (١٩٨٩ م) ، شــرح القواعد الفقهية ، ط٢ ، ١م ، دار القلــم دمشق ، ص١٠٥ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص١٣٥ ، الجزائري ، عبد المجيد جمعه (١٤٢١ هــ) ، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين ، ط١ ،١م ، دار ابن القيم ، الدمام ، دار ابن عفان الخيرية ، ص٢١٨ .

[٢] الــذمة لغة : العهد ، واصطلاحاً : وصــف يصير الشخص بــه أهــلاً للإيجاب لــه أو عليه ، النووي ، يحيى بن شرف (ت٦٧٦ هــ/١٢٧٧م) ، تحرير ألفاظ التنبيه ، ط١ ، ١م ، (تحقيق : عبد الغني الدقر) ، دار القلم ، دمشق ، ١٤٠٨هــ ، ص٣٤٣ ، الجرجاني ، التعريفات ، ص١٤٣ .

[٣] علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٥ ، المحاسني ، محمد سعيد ،(١٩٢٧م) ، شــرح مجلة الأحكــام العدلية ، ٣ م ، مطبعة الترقي ، دمشق ، ج١ ، ص٣٦ ، المادة (٨) .

[٤] سبق تخريجه ، انظر : ص ٢٤ من هذه الأطروحة .

[٥] الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٤٦١ ، ابن جزي ،القوانين الفقهية ، ص٣٢٠ .

[٦] البحراني ، مفلح الضميري ، (١٩٩٩م) ، غاية المــرام فــي شرح شرائع الإسلام ، ط١ ، ٧م ، (تحقيق : جعفر العاملي) ، دار الهادي ، بيروت ، ج٤ ، ص٢٥١ .

[٧] ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٤٠١ ، ابن فرحــون ، تبصــرة الحكــام ، ج١ ، ص١٠٥، الشربيني ، معني المحتاج ، ج٤ ، ص٤٦١ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤٢٧ .

وهي تدخل في أبواب كثيرة ومهمة في الفقه : كالقضاء والحدود [١] ، ويتفرع عنها قاعدة أخرى وهي : " الذمة إذا عمرت بيقين فإنها لا تبرأ إلا بيقين "[٢]

من الأمثلة على القاعدة :

أولاً:لو أقرض إنسان أخر ثم اختلف هو والمستقرض في مبلغ القرض ، فالقول للمستقرض[٣].

ثانياً: لو ادعى الملتقط أخذ اللقطة لتعريفها ، وادعى المالك أنه أخذها ليذهب بها ، فالقول قول الملتقط [٤] .

ثالثاً: إذا أتلف إنسان مال أخر واختلفا في مقداره ،فإن القول للمتلف بيمينه ؛ لأنه ينكر ثبوت الزيادة في ذمته ، والأصل براءة الذمة ، والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة ، وكذا لو غصب إنسان شيئاً وهلك في يده ، ثم اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ، فالقول للغاصب ، وعلى المالك إثبات الزيادة [٥] .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

ذكر فقهاء الحنفية أنه قد يستثنى من هذه القاعدة مسألة ما لو ادعى المدين ، أن الدائن أبرأه، أو أنه أوفى الدين ، فالقول للدائن مع اليمين ، مع أن الدائن يدعي شغل ذمة المدين ، والمدين يدعي براءة ذمته ، فكان الواجب حسب هذه القاعدة أن يكون القول للمدين [٦].

ولكن قد يجاب عن ذلك : أن الدائن والمدين هنا متفقان على ثبوت الدين ، وباتفاقهما على ذلك ، أصبح شغل الذمة أصلاً ، والبراءة خلاف الأصل ، فالمدين يدعي الإيفاء ، أو الإبراء الذي هو خلاف الأصل ، والدائن ينكر ذلك فعلى هذا أصبح القول للدائن [٧] .

---

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص١٤٦ .

(٢) الونشريسي ، أحمد بن يحيى (ت ٩١٤هـ /١٤٠٦م) ، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، ط١ ، ١م، (تحقيق : عبد الرحمن الغريابي) ، منشورات كلية الدعوة الإسلامية ، طرابلس ، ١٩٩١م ، ص٧٦ ، ومثالها : إذا شك الإنسان في أداء الدين ، فإن انشغال الذمة به متيقن ، فلا تفرغ ذمته بمجرد الشك ، بل لابد من اليقين ، شبير ، القواعد الكلية ، ص١٤٦ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١١٤ .

(٤) القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص٦٦ ، المادة (٢٣١٥) ، حيث نصت على أن : " الأصل براءة الذمة ولو ادعى الملتقط ... " .

(٥) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ٥٩ ،احمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية، ١١٤ .

(٦) علي ،حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٥ .

(٧) المرجع السابق .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

هذه القاعدة من أهم القواعد التي يعتمد عليها القضاء الشرعي الأردني [١] ،وهي أصل من أصوله ، ذلك أن الأصل في المدعى عليه براءة ذمته وعلى من يدعي خلاف ذلك إثباته ويمكن أن ندرك مظاهر تطبيق هذه القاعدة من خلال ما يلي :

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية :

حيث كلف المدعي إثبات دعواه إذا أنكرها المدعى عليه أو كان غائباً [٢] ، وما هذا إلا تطبيق لهذه القاعدة حيث يفهم من ذلك أن القانون قد اعتبر أن الأصل براءة المدعى عليه ، ولذا طلب من المدعي إثبات دعواه ، واكتفى من المدعى عليه بالتمسك بالأصل ، وهو براءة ذمته .

ثانياً:عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

تفترض محكمة الاستئناف الشرعية دائما أن الأصل في المدعى عليه براءة ذمته ، وعلى من يدعي خلاف ذلك ، أن يثبت ذلك بالبينة ، ولذا نجدها نصت على هذه القاعدة في كثير من القرارات الاستئنافية الصادرة عنها [٣] .

---

(١) حيث نصت المادة (٨) من المجلة : "على أن الأصل براءة الذمة " ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٥ ، كما نصت المادة (٧٣) من القانون المدني الأردني: " الأصل براءة الذمة ، وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه" ، نقابة المحامين (١٩٩٢م) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ط٣ ، ٢م ، مطبعة التوفيق عمان ، ج١ ، ص٨٥ .

(٢) حيث نصت المادة (١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه: " يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل من الفرقاء ، وشهرته ، ومحل إقامته ، وعلى الادعاء ، والبينات التي يستند إليها ..." فهذه المادة اعتبرت أن الأصل براءة الذمة ولذا طلبت من المدعي أن يذكر في دعواه البينات التي يستند إليها خلافا لهذا الأصل .

(٣) "... وللعجز عن إثبات الدعوى ولكون الأصل في الإنسان البراءة تقرر تصديق هذا الحكم برد دعوى المدعية" ، محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (٥٧٥١٧) ، تاريخ ٢٠٠٣/٤/٢٤ م ، وفي دعوى ديه " ... وعلماء الشريعة ذكروا أن الأصل براءة الذمة ، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (١٦١٣٥) ، تاريخ ١٩٦٩/١٠/٢م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٦١٤ .

القاعدة الثالثة :

القضاء يقتصر على المقضي عليه ، ولا يتعدى إلى غيره [١] :

معنى القاعدة :

الأصل في الحكم القضائي أنه جزئي من حيث الأثر [٢] ، فلا يلزم بالحكم غير المحكوم عليه (المقضي عليه) ، ولهذا قال ابن القيم رحمه الله : " أما الحاكم فحكمه جزئي خاص ، لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه وله ... ، والقاضي يقضي قضاء معيناً على شخص معين ، فقضاؤه خاص ملزم " [٣] .

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بما يلي :

أولاً : قضاء عمر بن الخطاب ﷺ في المشتركة [٤] بإسقاط الأخوة من الأبوين ، ثم شرَّك بينهم بعد ذلك ، فسئل عن ذلك فقال : تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا " [٥] .

وجه الدلالة أن قضاء عمر بن الخطاب ﷺ ، في المسألة الثانية وإعطاءها حكماً جديداً يدل على أن الحكم القضائي يقتصر على المحكوم عليه ، ولا يتعدى إلى غيره وإلا لصح إعطاء عمر بن الخطاب ﷺ المسألة الثانية حكم المسألة الأولى دون النظر فيها أصلاً .

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢١٩ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣١٨ .

(٢) من ناحيتين: الأولى من حيث الخصوم ، الثانية من حيث الواقعة المحكوم بها يقتصر حكم القاضي في تلك الواقعة عليها فقط ، ولا يتعدى لما ماثلها من الوقائع وعليه أن يجتهد في كل مرة على حده وفي ذلك يقول ابن فرحون : " إعلم أن القاضي إذا حكم بفسخ نكاح ، أو بيع ، أو إجارة ، وشبه ذلك ، بموجب من موجبات الفسخ ، وذلك في مسألةٍ مختلف فيها... ، فإن حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ ، فلو حدثت قضية أخرى مثل القضية التي حكم فيها بالفسخ ، ورفعت إليه فإنها تحتاج إلى إنشاء نظر أخر من القاضي ...، وسبب ذلك أن حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات دون الكليات ،ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ص٧٩ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٤٨ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص ١٠٠، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٤٣ .

(٣) " وفتوى العالم عامة غير ملزمة ، فكلاهما أجره عظيم ، وخطره كبير" ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج١، ص٣١ .

(٤) المسألة المشتركة هي : زوج وأم وإخوة لأم ، وأخ شقيق ، فللزوج النصف وللأم السدس ، وللإخوة لأم الثلث ، ويشاركهم الأخ الشقيق ، الدمياطي ، إعانة الطالبين ، ج٣ ، ص٢٢٧ .

(٥) ابن قدامه ، المغني ، ج١٠ ، ص١٠٤ .

ثانياً: القضاء لا يمكن أن يكون شرعاً عاماً يطبق على كل جزئية ، وإنما هو تطبيق للشرع في جزئية معينة [1] ، وذلك لأن كل جزئية لها ظروفها، وملابساتها التي تختلف عن الأخرى .

ثالثاً: ثم إن القضاء من فعل البشر ، وهو عرضة للخطأ ، فلا يصح أن يمتد أثره إلى كل جزئية وواقعة [2] ، فلربما يتدارك القاضي ما وقع منه من خطأ في المسائل المشابهة الأخرى [3] .

رابعاً: لأن معظم ما ينظر القاضي فيه يحتاج إلى بينة ، والبينة إنما تشهد بما رأته ، أو شافهته وذلك أمر جزئي ، يقتصر على الواقعة بعينها دون غيرها .

والأصل في الحكم القضائي اقتصاره على المقضي عليه وعدم جواز تعديه إلى غيره [4] ولكن استثنى فقهاء لحنفية والمالكية بعض الصور التي يتعدى فيها القضاء إلى غير المقضي عليه [5] ، هي :

١- الحكم بالحرية الأصلية حكم على الكافة ، حتى لا تسمع بعد الحكم دعوى أحد عليه بأنه عبد ، أما الحكم بالحرية العارضة أي الإعتاق فليس حكماً على كافة الناس بل هو حكم جزئي.

٢- الحكم بثبوت النكاح ، فإذا حكم القاضي بالزوجية بين رجل وامرأة ، فإنه لا تسمع دعوى رجل أخر بأنها زوجته .

٣- الحكم بالنسب ، فإذا حكم القاضي بثبوت نسب فلان من أبيه فلا تسمع الدعوى بخلاف ذلك.

٤- الحكم بالوقف ، فقد اختلف فيه ، فقيل القضاء بالوقف يقتصر ولا يتعدى إلى الكافة فتسمع الدعوى في الوقف المحكوم به؛لأن القضاء بالوقف بمنزلة استحقاق الملك، وقيل القضاء

---

(1) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٦٧٦ .

(2) المرجع السابق .

(3) كما قضى عمر بن الخطاب ﷺ في المسألة المشتركة .

(4) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٤ ، ص٣٤٤ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢١٩ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣١٨ ، الحطاب ، مواهب الجليل ،ج٦ ، ص١٣٩ ، جعيط ، الطريقة المرضية ، ص٢٤٩ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٦٧٦ ، أبو البصل ،نظرية الحكم القضائي ، ص ٤٤٣

(5) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢١٩ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣١٨ ، ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص٦٦ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٧٧ ، واستثنى المالكية ثلاثة مواضع يكون الحكم فيهن كلياً ، وهي الحكم بالتصفيق ، والحكم بالصحة ، والحكم بالفساد ، انظر: شرح هذه الأحكام، جعيط ، الطريقة المرضية ، ص٢٤٩ .

بالوقف كالقضاء بالعتق في عدم سماع الدعوى بعد قضاء القاضي بالوقفية ؛ لأن الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة [١] .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- ما فعله عمر بن الخطاب ﷺ في المسألة المشتركة .

٢- لو حكم قاضٍ على زوج بنفقة معينة ، فقامت زوجته الأخرى برفع دعوى نفقة ، فعلى القاضي أن ينظر في دعوى النفقة الجديدة ، ويصدر حكمه فيها بناءً على ظروفها وملابساتها، بغض النظر عن الدعوى الأولى .

---

(١) والحاصل أن القضاء بالوقفية ليس قضاءعلى الكافة، النسفي، البحر الرائق، ج٥ ، ص٢٠٧، علي حيدر ، درر الحكام ،ج٤ ، ص٥٧٧، كما استثنوا الحكم بالعتق في ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الأصل ، والقضاء به قضاء على كافة الناس ، أما القضاء بالعتق المؤرخ ، وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ، ولا يكون قضاء قبله ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢١٩.

موقف القضاء الشرعي الأردني :

إن الناظر في أحكام المحاكم الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية ليدرك أن الحكم القضائي في القضاء الشرعي يقوم على أساس أنه جزئي الأثر من ناحيتين [١] :

الأولى : من حيث موضوع الدعوى فإن الحكم القضائي الصادر في أية دعوى لا يتعدى إلى ما يماثلها من قضايا جديدة ، بل على القاضي أن ينظر من جديد ، ويصدر حكمه وفق أحداث وملابسات القضية الجديدة ، وذلك لأن لكل قضية ظروفها الخاصة بها ، والتي لا يصح أن تنسحب على غيرها من القضايا [٢] .

الثانية : من حيث أطراف الدعوى ، فإن الأصل في الحكم القضائي أنه لا يُلزم إلا المحكوم له أو عليه ، ولا يتعداهم إلى غيرهم [٣] ، لكن إذا صدر حكم في دعوى وكان يمس حقاً لشخص لم يكن طرفا في الدعوى فإنه يحق له أن يعترض على الحكم اعتراض الغير [٤] .

كما أجاز القضاء الشرعي الأردني لمن له علاقة في الدعوى المقامة بين طرفين ويتأثر من نتيجة الحكم فيها ، أن يطلب إدخاله شخصاً ثالثاً في الدعوى ،وبعد أن تتحقق المحكمة من علاقته ، تقرر قبوله كما يجوز للمحكمة إدخال أي شخص ترى أن إدخاله ضروري لتحقيق العدالة [٥] .

---

(١) إلا أنه يستثنى من ذلك ما سبقت الإشارة إليه عند الحديث عن هذه القاعدة حيث جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية : " القضاء يقتصر على المقضي عليه ولا يتعدى إلى غيره إلا في خمسة .... " ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٤١٧٣) ، تاريخ ١٩٨٣/١٠/٣١م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٨٨ .

(٢) فلو ادعت زوجة على زوجها دعوى نفقه في إحدى المحاكم الشرعية حسب الأصول وحكم لها القاضي بذلك ، فإن هذا الحكم يقتصر على هذه القضية ولا يتعداها إلى غيرها ، فلو جاءت زوجته الأخرى ورفعت دعوى نفقة على الزوج نفسه فعلى القاضي أن ينظر فيها من جديد .

(٣) وهناك بعض الصور التي يسري فيها الحكم على الغير مثل دعوى دين على تركة، أو دعوى تصحيح إرث فإن أقيمت مثل هذه الدعوى على أحد الورثة فإنها تسري على غيره من الورثة ، وقد جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية ، في قرار (٣٤٦٢٧) ، تاريخ ١٩٩٢/٨/٤م ، ما يلي : " دعوى دين على تركة تقام في مواجهة أحد الورثة فيسرى الحكم فيها على الورثة الآخرين " ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص١٧٩ .

(٤) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١١٥) .

(٥) المرجع السابق ، المادة (٩١) .

المطلب الثالث :

القواعد المشتركة بين الخصوم :

ذكر الفقهاء قواعد فقهية مشتركة بين المدعي والمدعى عليه ومن أهم هذه القواعد مـــا يلي :

القاعدة الأولى : البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر .

القاعدة الثانية : من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه .

القاعدة الثالثة : من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه .

القاعدة الرابعة : العبرة في تعيين القاضي الذي ترفع إليه الدعوى هي لمكان إقامة المدعى عليه .

وفيما يلي بيان لهذه القواعد ، مع بيان موقف القضاء الشرعي الأردني منها :

القاعدة الأولى :

البينة [١] على المدعي واليمين [٢] على من أنكر[٣]:

معنى القاعدة :

هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي يرتكز عليها القضاء الإسلامي ، ومفادها أن المدعي إذا ادعى حقاً له على غيره فإنه يكلف بإثبات دعواه ، بكل ما يبين به الحق إذا كان المدعى عليه منكراً ، فإن عجز المدعي عن إثبات دعواه بالبينة ، فإن له الحق في تحليف المدعى عليه .

وهذه القاعدة من الأصول المهمة التي يرتكز عليها القضاء ،ولولاها لوقع القضاة في حرج شديد ، واستعصى عليهم حسم النزاع ، وفصل الخصومات ،واشتد التظالم بين الناس [٤].

ويمكن الاستدلال على هذه القاعدة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال :" لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال ، وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه " [٥] .

وجه الدلالة : إن النبي ﷺ وضع قاعدة محكمة يلجأ إليها الحاكم أو القاضي عند فض الخصومات ، ورد الحقوق إلى أربابها [٦] ، وهي : أن على المدعي البينة ، واليمين على المدعى عليه إذا أنكر ، وعجز المدعي عن إثبات دعواه بالبينة ، وذلك لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه .

هذا وقد اجمع الفقهاء على أن البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه [٧]،

([١])انظر: معنى البينة ، ص٦٩ من هذه الأطروحة .

([٢]) اليمين: من يمن وله معانٍ في اللغة منها: اليد اليمنى ، القسم والحلف ، الفيومي ، المصباح المنير، ص٩٣٩ واصطلاحاً:توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص ، البعلى ،علي بن عباس ،(ت ٨٠٣هـ /١٤٠٠م) المطلع على أبواب المقنع ، ط١ ،١م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ١٩٦٥م ، ص١٦٥ ، الجرجاني ، التعريفات ، ص٣٣٢ .

([٣]) القرافي ، الفروق ، ج٣ ، ص٢٧٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ج٢ ، ص٤٧٢ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٧٤ ، المادة (٧٦) ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٣٦٩ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٣ ، ص١٣٣ .

([٤]) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٣٦٢ ،

([٥]) سبق تخريجه ، انظر : ص ٦٨من هذه الأطروحة .

([٦]) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٤٢ .

([٧]) ابن المنذر ، محمد بن إبراهيم (ت ٣١٨هـ/ ٩٣٠م) ، الإجماع ، ط٢، ١ م ، (تحقيق : صفر أحمد)، مكتبة الفرقان ، عمان ، ١٩٩٩م ، ص٨٦ ، العثماني ، محمد بن عبد الرحمن ، (ت ٧٨٥هـ/١٣٧٨م) =

والحكمة في ذلك أن جانب المدعي ضعيف ، لأنه يقول بخلاف الظاهر، فكلف الحجـــة القويـــة وهي البينة ؛ لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً ، ولا تدفع عنها ضراً ، فيقوى بها ضـــعف المـــدعي ، وأما جانب المدعى عليه فهو قوي لأن الأصل فراغ ذمته ، فاكتفي منه باليمين ، وهـــي حجـــة ضعيفة ؛ لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر فكان ذلك في غاية الحكمة [١] .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

فلو ادعى رجل على أخر ألف دينار، فأنكر المدعى عليه فعلى المدعي إثبـــات دعـــواه بالبينة فإذا عجز عن ذلك فله الحق في تحليف المدعى عليه اليمين ، فإن حلف ترد الـــدعوى ، وإن نكل يحكم عليه بالمبلغ .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

ذكر الفقهاء عدة استثناءات على هذه القاعدة أهمها [٢] :

أولاً: اللعان : فيحلف المدعي أولاً ثم المدعى عليه .

ثانياً: القسامة: يحلف المدعي مع اللوث في الدماء دون تحليف المدعى عليه .

ثالثاً: يحلف المدعي مـــع الشاهد الواحد دون تحليف المدعـــى عليه بدليل أن النبي ﷺ : " قضى بالشاهد و باليمين " [٣] .

رابعاً: ترد اليمين على المدعي حين نكول المدعى عليه[٤] .

= رحمة الأمة فـــي اختلاف الأئمة ، ط١ ، ١م ، دارالكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٧ م، ص٣٣٢ ، الكاساني ، بـــدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٣٧ ، القرافي ، الفـــروق ، ج٣ ، ص٢٧٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ،ج٢ ، ص٤٧٢ ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص٧٤ . إلا أن الإمام مالك رحمه الله – اشترط لتوجيه اليمين على المدعى عليه وجود الخلطة بينهما ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٢٨ .

(١) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٩ ، ص٢٠٢ .

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج٢، ص٤٧٣ ، قرقور ، قواعد الإثبات ، ص١٧٤ .

(٣) أحمد ، بن حنبل ، (ت ٢٤١هـــ /٨٥٥م) ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، ٦م ، مـــؤسسة قرطبة ، مصر ، ج١ ، ص٣١٥ ، ابن حجر ، أحمد بن علي ، (ت٨٥٢هـــ /١٤٤٨م) ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، ٤م ، (تحقيق : عبد الله هـــاشم اليماني) ، دار المعـــرفة ، بيروت ، ج٤ ، ص١٩٢ ، **حـــديث صحيح ، واللفظ لهما** وبه قـــال جمهور الفقهاء ، خلافا للحنفية ، الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج٥ ، ص٣٢٥ ، علـــي حيدر ، درر الحكام ج١، ص٧٥ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ،ج١ ، ص٧٤ ، الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧٠ ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص١٣٢ .

(٤) ويستثنى أيضاً لو ادعى رجل بدين على ميتٍ ، أو علـــى غائب ، فإن المدعـــي يحلف يمين الاستظهار ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ص٣٨٨ ، زيدان ، نظام القضاء ص١٧٢ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يقوم القضاء الشرعي الأردني على أساس أن الأصل في الإنسان براءة ذمته ، ولــذلك يطالب من يدعي خلاف هذا الأصل ، بإثبات دعواه بالبينة[١] ، فالمدعي إذن هو الــذي يطالــب بإثبات دعواه إذا أنكر المدعى عليه ، وإذا عجز المدعي عن الإثبات ، فإن له الحق في تحليــف المدعى عليه ،ومن مظاهر تطبيق القاعدة ما يلي:

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية :

* فقد أوجب القانون على المدعي إثبات دعواه بالبينة [٢] والتي قسمها إلى قسمين :

١- البينة الشخصية : حيث نصت المادة (٥٦) ، على أنه : " إذا استند المدعي في دعواه إلى البينة الشخصية ، يجب عليه أن يحصر شهوده [٣] عندما يُطلب منه ذلك ... ، ولا يجوز تسمية شهود آخرين إلا إذا كان موضوع الدعوى تقبل فيه الشهادة حسبة ".

٢- البينات الكتابية وتقسم إلى قسمين :

أ- " المستندات الرسمية التي ينظمها موظفون من اختصاصهم تنظيمها ، كوثيقــة الــزواج ، وشهادة الميلاد ، والوثائق التي ينظمها كاتب العدل ، وسندات التسجيل تعتبر بينة قاطعة على ما نظمت لأجله ، ولا يقبل الطعن فيها إلا بالتزوير " [٤] .

ب- " المستندات العرفية : وهي المستندات التي تشتمل على توقيع من صدر منه ، أو علــى خاتمه،أو بصمة إصبعه، وليس لها صفة السند الرسمي،وبالتالي يطعن فيها بالتزوير والإنكار "[٣].

* كما اعتمد قانون أصول المحاكمات الشرعية على رأي أهل الخبرة في تقدير النفقة مثلاً[٥]وفي إثبات الجنون ، والعته ، والأمراض التي توجب فسخ النكاح ، بتقرير الطبيب المؤيد بــشهادته أمام المحكمة [٦] .

([١]) وهذا ما نص عليه القانون المدني الأردني ، المادة (٧٧) ، على أن : " البينة على مــن ادعى واليمين على من أنكر" ،كما نصت مجلة الأحكام العدلية ، المادة(٧٦) ، على أن : " البينة للمدعي واليمين على من أنكر" علي حيدر، درر الحكام ، ج١ ، ص٧٤ ، المادة (٧٦)٠

([٢]) سبق أن أشرنا إلى وسائل الإثبات المعمول بها في المحاكم الشرعية، انظر: ص ٧١ من هذه الأطروحة٠

([٣]) قانون أصــول المحاكمات الشرعية ، المادة ، رقم(٧٥) ، انظر : القرارات القضائية الاستئنافية المتعلقة بالشهود ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٤٩١-٥٥٦ .

([٤]) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٧٧) .

([٥]) المرجع السابق ، المادة (٨٤).

([٦]) المرجع السابق ، المادة (٩٠) .

وتجدر الإشارة هنا أن على المحكمة قبل أن تكلف المدعي إثبات دعـواه ، أن تـسأل المدعى عليه عن الدعوى ، فإن أقر بها ثبتت الدعوى ، وإن أنكرها يكلـف المـدعي إثبـات الدعوى ، وإن عجز عن الإثبات يفهم المدعي بأن له الحق في تحليف المـدعى عليـه اليمـين الشرعية على نفي الدعوى [١] .

ثانياً: عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

أولاً: النص على هذه القاعدة صراحة في بعض القرارات ، ومن ذلك ما يلي :

١- " .... القاعدة العامة في الدعاوى " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " [٢] .

٢- "...عملا بالقاعدة الشرعية " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " [٣] .

٣-" ... القاعدة الشرعية أن على المدعي إثبات دعواه (البينة على المدعي) " [٤] .

ثانياً: التطبيق العملي لهذه القاعدة في قرارات محكمة الاسـتئناف الـشرعية والتـي يـصعب حصرها ، لأن قاعدة "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"هـي الأسـاس الـذي تبنـى عليه الكثير من أحكام المحاكم الشرعية ، فهي أصل من الأصول القضائية التي اسـتقر عليهـا العمل لدى النظام القضائي الشرعي .

---

(١) عبابنه ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص٢٣٥ ، قرار رقـم ، (٩٧١٣) ، القرارات القضائية الاستئنافية المتعلقة ، باليمين ،داود ، القرارات الاستئنافية فـي أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٦٩٥-٧٤٠ ، ومما ينبغي ملاحظته أن المدعي قد يحلف اليمين ويسمى يمين الاستظهار في حالة ما إذا ادعى على تركة ميت ، أو حكم لـه علـى غائب ، قرار رقـم ،(١٥٠٢٥ ، ١٤٩٠٠، ٨٦٤٦) ، عباينه ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص١٣٠ -١٣٧ .

(٢) عمرو ، عبد الفتاح عمرو ، (١٩٩٠م) ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ط١ ، ١م ، دار يمان، عمان ، ص٨٣ .

(٣) داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٧٠٧ .

(٤) المرجع السابق ، ج١ ، ص١٧٩ .

القاعدة الثانية :

من استعجل [١] الشيء قبل أوانه [٢] عوقب بحرمانه [٣] :

معنى القاعدة :

تدخل هذه القاعدة في باب السياسة الشرعية في سد الذرائع ، وذلك لأنها تغلق الباب أمام كل من يحاول أن يحصل على شئ قبل حلول وقته ، وأوانه الذي حدده الشرع ، فيعاقب بنقيض مقصوده ، ويحرم من هذا الأمر الذي كان يستحقه لو لم يتعجل [٤] ، وتكمن أهمية القاعدة في أنها تصون حقوق الناس ، وتمنع الاعتداء عليها .

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بقول النبي ﷺ : " ليس لقاتل ميراث " [٥] .

وجه الدلالة : فالأصل فيمن مات مورثه أن يرثه ولكن بين هذا الحديث أن الوارث إذا

([١]) استعجل الشيء : سارع قبل حصوله ليأخذه بسرعة ، الفيومي ، المصباح المنير ، ص٥٣٩ .

([٢]) أوان الشيء : وقت حصوله الطبيعي وسببه العام ، المرجع السابق ، ص٣٨ .

([٣]) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٥٩، الونشريسي ، إيضاح المسالك إلى قواعد مالك ، ص١١٥ ، المنجور ، أحمد بن علي ،(٩٩٥هـ /١٥٨٨م) ، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، ١م ، (تحقيق: محمد الأمين) ، دار عبد الله الشنقيطي ، ص٤٨١ ، الزركشي ، المنثور ، ج٣ ، ص١٨٣ ، السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر ، (ت٩١١هـ/١٥٠٥م) ، الأشباه والنظائر في الفروع ، ١م ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ،١٩٣٦ م ، ص١٠٣ ، ابن رجب ، تقرير القواعد وتحرير الفوائد ، ج٢ ، ص٤٠٤ ، هذا وقد ذكر الفقهاء هذه القاعدة بصيغ أخرى ، أهمها : " الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد" ، " ومن تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه " ، وغيرها ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٢ ، ص١٥٠ ، هذا وقد ذهب الشيخ الزرقا ، إلى القول: بأن روح القاعدة يقتضي حماية الأحكام الشرعية من أن يتلاعب بها المكلف ، فيحولها عن مقاصدها التي شرعت لأجلها ، ويسيء بذلك لغيره ، ومن هنا فإن صياغتها جاءت قاصرة عن هدفها التشريعي الشامل ولذا اقترح أن تكون القاعدة : " يعامل سيء النية في التصرف بنقيض قصده "، أو " من قصد بتصرفه غرضاً غير مشروع عومل بنقيض مقصوده " ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص١٠٥٩

([٤]) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٧١ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٣٧٨ ، الحصري ، القواعد الفقهية ، ص٢٤١ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٣٨٣ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٣٥٩ ،

([٥]) ابن ماجة ، محمد بن يزيد ، (ت ٢٧٥هـ /٨٨٨م) ، سنن ابن ماجة ، ٢م ، (تحقيق : محمد عبد الباقي)، دار الفكر، بيروت ، كتاب الديات ، باب الميراث من الدية ، ج٢ ، ص ٨٨٤ ، الزيلعي ، عبد الله يوسف ، (ت٧٦٢ هـ /١٣٦٠م) ، نصب الراية ، (تحقيق : محمد يوسف) ، دار الحديث ، مصر ، وقال حديث منقطع ، ١٣٥٧هـ ، ج٤ ، ص٣٢٩ ، **الحديث ضعيف ، واللفظ لهما .**

استعجل حصوله على الميراث قبل موت مورثه بصورة طبيعية ، وذلك بقتله عمداً فإنه يعامل بنقيض مقصوده فيحرم من الميراث .

من الأمثلة على القاعدة :

١- إذا أوصى شخص لأخر بمال ، فقتل الموصى له الموصي ، فإنه يحرم من المال الموصى به .

٢- ولو طلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً بلا رضاها ، وهو في مرض موته ثم مات ، وهي في العدة فإنها ترثه [١] .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من هذه القاعدة مسائل عدة من أهمها [٢] :

١- لو قتل الدائن مدينه حل دينه .

٢- لو أمسك زوجته عنده وحبسها ليرثها فماتت ورثها .

٣- لو أساء الرجل عشرة زوجته حتى ضجرت ، وافتدت بالخلع فإنه نافذ .

٤- لو باع المال قبل الحول فراراً من الزكاة صح ، ولم تجب الزكاة .

ولعل وجه الاستثناء في هذه المسائل أن هذه الأعمال مرتبطة بنية صاحبها ،والقاضي المسلم له الظاهر ويحكم به، والله يتولى السرائر ،ولكن الواجب على المسلم أن يراقب الله سبحانه وتعالى في كل أعماله وتصرفاته ، فهو سبحانه يعلم السر وما أخفى ويؤاخذ المرء على نيته وينظر إلى مآل الأقوال والأعمال ، ومن هنا فإن المسلم مطالب بأن يكون ظاهره كباطنه، وأن يجعل تقوى الله نصب عينيه .

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٥٩ .

(٢) قال السيوطي : " إن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الصور الداخلة فيها " ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج٢ ، ص٣٣١ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٥٩ ، ابن الوكيل ، الأشباه والنظائر ، ص١٤١ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٩٩ ، باز ، شرح المجلة ، ص٦٣ ،أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٧١ ، الزحيلي ،القواعد الفقهية ، ص٣٨٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني:

لم يجد الباحث في القضاء الشرعي الأردني نصاً صريحاً على هذه القاعدة ، ومع ذلك يمكن القول أن محكمة الاستئناف الشرعية تعمل بمضمون هذه القاعدة وذلك لما يلي :

أولاً: أن كثيراً من الأحكام التي تفسخها محكمة الاستئناف الشرعية وخاصة تلك التي تم التبليغ فيها مخالفاً للأصول التي نص عليها قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وما استقر عليه العمل في محكمة الاستئناف الشرعية ، أنها تقول: في نهاية الحكم مثلاً "... تبليغ المدعى عليه بالنشر لكونه مجهول محل الإقامة غير صحيح ؛ لأن المحكمة لم تتحق من ذلك ، ولهذا كان حكم المحكمة الابتدائية غير صحيح ، وسابقاً لأوانه فتقرر فسخه " [1] .

ومن هنا يرى الباحث أن محكمة الاستئناف الشرعية تطبق هذه القاعدة ، على كل محكمة تسرعت في إصدار الحكم ، قبل أن تتحقق من صحة التبليغ حسب الأصول ، فتعاقب هذه المحكمة بفسخ الحكم وإعادته إليها للنظر فيه من جديد .

ثانياً: ففي دعوى رفعت لدى محكمة الاستئناف الشرعية موضوعها " طلب تصحيح إرث وحرمان من الميراث " ، وهذه المسألة لم ينص عليها قانون الأحوال الشخصية فيرجع فيها إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة [2] ، ولذا فإن هذه المحكمة الاستئنافية عليها أن تعود في المسألة المذكورة إلى النصوص الشرعية في المذهب المذكور ، ولدى الرجوع إلى المراجع الفقهية في المذهب تبين أن الراجح في المذهب أن حرمان الميراث جزاء مباشرة القتل المحظور [3].

فإن إيراد عبارة " أن حرمان الميراث جزاء مباشرة القتل المحظور" في هذا القرار الاستئنافي ما هو إلا تطبيق لهذه القاعدة .

([1]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم، (٥٩٣٢٤) ، بتاريخ ٢٠٠٣/١١/١٦م .
المرجع السابق ، قرار رقم ،(٥٩٣٣٤) ، بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٩٦م .
المرجع السابق ، قرار رقم ،(٥٩٣٦٥) ، بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٩م .
داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص١٩١ .

([2]) قانون الأحوال الشخصية الأردنية ، المادة (١٨٣) .

([3]) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم ،(٢٦٦٧٨) ، تاريخ ١٩٨٦/٧/٧م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٩٢ .

القاعدة الثالثة :

من سعى في نقض [١] ما تم من جهته فسعيه مردود عليه [٢] :

معنى القاعدة:

من أراد إبرام أمرٍ بإرادته واختياره ، ثم أراد نقض ما تم من جهته ، فلا يقبل منه ذلك ويكون سعيه مردوداً عليه ؛ لأنه والحالة هذه يكون متناقضاً في سعيه بذلك مع ما كان أتمه وأبرمه والدعوى المتناقضة لا تسمع [٣] .

ويمكن الاستدلال على هذه القاعدة بأن المرء البالغ العاقل مؤاخذ بما يصدر عنه من أقوال أو أعمال ، ويتحمل التبعات المترتبة على ذلك ، فإذا أراد أن يتراجع عن ذلك وينقض ما صدر عنه ، فإن ذلك لا يقبل منه خاصة إذا تعلق بما صدر عنه أولاً حقوقاً للغير فالأصل في المسلم أن يلتزم بما يصدر عنه .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- لو بادر شخص إلى اقتسام التركة مع الورثة ، ثم ادعى بعد القسمة أن المقسوم ماله ، فإنه لا تسمع دعواه ؛ لأن إقدامه على القسمة فيه اعتراف منه بأن المقسوم مشترك [٤] .

٢- لو تصالح الرجل مع زوجته على مقدار النفقة ثم طلبت الزوجة زيادتها بعد ذلك بفترة وجيزة ، فإن طلبها لا يسمع .

الاستثناءات الواردة على القاعدة [٥] :

١- إذا كان العقد الذي تم من جهته له مساس بحق قاصر ، أو وقف ، فيجوز له نقضه ، كما إذا باع الأب ، أو الوصي ، أو المتولي مال الصغير القاصر ، أو الوقف ، ثم ادعى وقوع غبن فاحش فيه فإن دعواه تسمع [٦] .

٢- يقبل ادعاء المشتري بعقار بأن البائع قبل بيعه منه كان قد اتخذه مسجداً ، أو مقبرةً ،أو أن

---

(١) نقض : النَّقض إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء ، ابن منظور، لسان العرب ، ج٧ ، ص٢٤٢ ، باب نقض.

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٣٠ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٧٤ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٩٩ ، الباز ، شرح المجلة ، ص١٢١ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٧٥ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٤٥٨ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٣٠ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٧٤ .

(٥) أما إذا كانت القسمة جبراً عن المدعي ، فتسمع دعواه ولا يكون ذلك تناقضاً ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٢٨٢ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٧٥ .

(٦) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٣٠ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٧٤ .

البائع وقفه على مسجد من المساجد ، وينقض البيع بعد إقامة البينة [١] ، ولعل السبب في ذلك أن الضرر هنا لا يتعدى إلى الغير حتى نعمل القاعدة بل الضرر هنا يرجع إليه وهو المؤاخذ فكأننا بقينا على أصل القاعدة ولم نخرج عنها

٣- لو اشترى العين المأجورة ، أو العين المرهونة ، دون إذن المستأجر ، أو المرتهن عالمـــاً بأنها مأجورة ، أو مرهونة ، فإنه يبقى على خياره كما هو الصحيح الذي عليه الفتوى ، إن شاء فسخ ، وإن شاء انتظر انتهاء مدة الإجارة ، أو فكاك الرهن ، فهو فـــي صورة اختيار فسخ البيع ساع في نقض ما تم من جهته ولم يرد عليه [٢] .

٤- لو ادعى أحد المبايعين بعد وقوع البيع بوجود فساد ما في المبيع ، وهو غير عالم به حـــين البيع فإن ادعاءه يكون مقبولاً [٣] ، وذلك لأن الأصل سلامة المبيع وهو هنا يتمسك بالأصل .

---

(١) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٩٩ ، الباز ، شرح المجلة ، ص١٢١ .

(٢) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٧٧ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٤٦١ .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص١٠٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لعل هذه القاعدة الفقهية من أكثر القواعد الفقهية استعمالاً في القضاء الشرعي الأردني[١]، وذلك لكثرة النص عليها في القرارات الاستئنافية ومن الأمثلة على تطبيقات هذه القاعدة ما يلي :

أولاً: في دعوى زيادة أجرة حضانة ،بعد ما تم الاتفاق على المبلغ من قبل الطرفين طلبت المدعية زيادة أجرة الحضانة فجاء في القرار: " ... لا تسمع دعواها بذلك ؛ لأن هذا نقض لما تم من جهة المدعية ، وكل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه " [٢] .

ثانياً: في دعوى أجرة مسكن ، بعدما تم الاتفاق على مبلغ محدد من قبل الطرفين ، رفعت الزوجة دعوى تطلب فيها زيادة أجرة مسكن ، فجاء نص القرار : " ... ولا تسمع دعواها ؛ لأن هذا نقضٌ لما تم من جهتها ، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردودة عليه " [٣] .

ثالثاً: في دعوى زيادة أجرة حضانة ، بعد ما تم الاتفاق على المبلغ من قبل الطرفين طلبت المدعية زيادة أجرة حضانة فجاء القرار ، " ... لا تسمع دعواها ؛ لأن هذا نقض لما تم من جهة المدعية ، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه [٤] .

رابعاً: " ... من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، لذا فالمحكمة الابتدائية لا تقبل رجوع المحامي إلى الدعوى ، بعد الانسحاب إلا بوكالة جديدة " [٥] .

خامساً: تم الاتفاق بين الزوجين على تقسيط المهر المؤجل ، " بأن يُدفع للمستأنفة مبلغ ثلاثة آلاف دينار مقسطاً على الوجه الذي تم عليه التراضي ، فتقرر تصديق الحكم ورد الاستئناف ؛ لأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه " [٦] .

---

[١] مجلة الأحكام العدلية ، المادة ، (١٠٠) ، علي حيدر ، درر الحكام ،ج١ ، ص٩٩ .

[٢] محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٣٤١٦٦) ، تاريخ ١٩٩٢/٤/٩ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص١٧ .

[٣] محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٢٠٩٠٢) ، تاريخ ١٩٧٩/٨/١م ، المرجع السابق ، ج١ ، ص٣٧ .

[٤] محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٢٠٨٨٥) ، عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص١٨ .

[٥] محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٢١٤٤٢) ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ،ج٢ ، ص٦٥٧ .

[٦] محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٩٣٦٧) ، تاريخ ٢٠٠٣/١١/٢٣م .

القاعدة الرابعة :

العبرة في تعيين القاضي الذي ترفع إليه الدعوى هي لمكان إقامة المدعى عليه[١] :

معنى القاعدة :

سبقت الإشارة إلى أن القضاء من فروض الكفاية [٢] ، ومن الواجب على الدولة أن تحقق هذه الكفاية ، بتعيين من يكفي من القضاة في مختلف مناطقها ، الأمر الذي يترتب عليه تعدد القضاة ، وتعدد مجالسهم ، فجاءت هذه القاعدة لتحدد القاضي المختص بنظر دعوى المتخاصمين ، وهو من يقيم المدعى عليه ضمن دائرة اختصاص محكمته ، وأن غيره من القضاة لا يحق له النظر في هذه الدعوى ؛ لأنه يعتبر معزولاً عن النظر فيها ، فالقاعدة تحدد الاختصاص المكاني لنظر الدعوى .

لا خلاف بين الفقهاء على أنه إذا كان في البلد قاضٍ واحد يختص بالطرفين فإنه هو الذي ترفع إليه الدعوى [٣] ، ولكن الخلاف بينهم يكمن في تعدد القضاة ، واستقلال كل واحد منهما بمحلَّة ، بحيث يختص بالنظر في خصوماتها ، ولا يتعدى إلى غيرها ، فقد اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال ، على النحو التالي [٤] :

القول الأول : يرى أن الدعوى ترفع لدى القاضي الذي يختاره المدعي ، وهو قول الإمام أبو يوسف من الحنفية ، وجمهور الفقهاء من الشافعية ، والحنابلة [٥] .

---

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٥٤٢ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٧ ، ص١٩٣ ،ابن الشحنة لسان الحاكم ، ج١ ، ص٢٢٢ .

(٢) انظر : ص ٥٠ من هذه الأطروحة .

(٣) الأبياني ، مباحث المرافعات الشرعية ، ص٢٢ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٢١٣ .

(٤) المرجع السابق ، ص٢١٤ .

(٥) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٥٤٢، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٨٠ ، الشرواني حواشي الشرواني ، ج١ ، ص١١٩ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١٠١ ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص٧٣ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٣٧١ ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٤٩١ أبو يعلى ، الأحكام السلطانية ، ص٦٩ ، هذا إذا كان أحدهما يطالب الأخر، أما إذا لم يكن طالب مع مطلوب بأن كان كل واحد يطالب صاحبه ، كان القاضي المختص بنظر الدعوى من سبق رسوله لمن لم يأته من المتداعيين ، فإن تساويا اعتبر أقرب القاضيين إليهما ، فإن تساويا أقرع بينهما ، المراجع السابقة .

واحتجوا بأن المدعي هو المنشئ للخصومة ، فيطلبها قِبل أي قاضٍ أراد [١] ، وهذا يتفق مع تعريف المدعي بأنه من لا يجبر على الخصومة وإذا تركها ترك [٢] .

القول الثاني : يرى أن الحق في تعيين القاضي الذي ينظر الدعوى يكون للمدعى عليه ، وهو قول الإمام محمد من الحنفية ، وهو المفتى به في المذهب الحنفي [٢] ، واحتج بأن المدعى عليه، دافع للخصومة ، فهو يطلب السلامة لنفسه ، ومن طلب السلامة أولى بالنظر والاعتبار والأصل براءة ذمته ، فأخذه إلى من يأباه لريبه ثبتت عنده ربما يوقعه في إثبات ما لم يكن ثابتًا في ذمته ، وهذا ما ينبغي الاحتراز عنه ، فكان لا بد من مراعاة جانبه بالنظر إليه واعتبار اختياره [٣] ، كما أن العدالة القضائية تقتضي أن لا سلطة للمدعي على المدعى عليه قبل إثبات دعواه ، وعليه فليس له طلبه إلى القاضي الذي ليس في محل إقامة المدعى عليه ، لما يلزم من ذلك تعطيل أشغاله وصرف أمواله [٤] ، فكان الأولى أن نعطي الخيار في تحديد القاضي المختص لنظر الدعوى إلى المدعى عليه .

ومع أن الفتوى في المذهب الحنفي على رأي الإمام محمد ـ رحمه الله ـ إلا أن فقهاء الحنفية قد اختلفوا في فهمه على النحو التالي :

الفهم الأول : يرى أن العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى هي لمكان المدعى عليه [٥].

---

(١) هذا في حالة وجود قاضيان وكان كل منهما في محلة ، وقد خص بالقضاء بين أهل محلته فقط ، أما إذا كان كل منهما مأذوناً بالحكم على أي من حضر عنده ، فقد اختلف فقهاء الحنفية على قولين :

الأول : يرى تصحيح مذهب أبي يوسف لموافقته لتعريف المدعي .

الثاني : يرى أن لا فرق بين الحالين وأن العبرة لقول المدعى عليه في جميع الحالات ، فالعلة في اعتبار المدعى عليه متوفرة في كلا الحالتين ، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٥٤٢ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٧ ، ص١٩٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ص٦٠٨ .

(٢) انظر ص٧٤ من هذه الأطروحة .

(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٥٤٢ ، ابن نجيم، البحر الرائق ، ج٧ ، ص١٩٣، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ،ص٦٠٨ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٢١٥ .

(٤) المرجع السابق ، ص٢٢٣ .

(٥) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٥٤٢ ، ابن الغرس ، الفواكة البدرية ، ص٧٦ .

الفهم الثاني: يرى أن العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى هي لاختيار المدعى عليه[١] .

القول الثالث : وهو للمالكية وقد فرقوا بين أمرين :

الأول : في حالة تعدد القضاة في نطاق البلد الواحد ، فإن العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى هي لاختيار المدعي ، وهم بذلك يتفقون مع أصحاب الرأي الأول [٢] .

الثاني : في حالة تعدد القضاة وتعدد البلاد فقد فرقوا بين دعاوى الدين ودعاوى العين ،على النحو التالي :

١- أما دعاوى الدين ، أو مال ، أو حق مما يكون في ذمم الرجال ، فقد اتفقوا على أن المدعي يخاصم المدعى عليه في الموضع الذي تعلق به فيه [٣] .

٢- أما دعاوى العين ، كالعقار ونحوه ، فيفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان المتداعيان من بلدين وكلاهما من ولاية قاضٍ واحد ، فالدعوى ترفع بمحل القاضي،سواء أكان في بلد المدعي أم المدعى عليه،أم كان المدعى به بمحل أحدهما أم لا.

الحالة الثانية : إذا كان كل منهما في ولاية قاضٍ ، فقد اختلفوا في ذلك على قولين[٤] :

---

(١) حيث نصت المادة (١٨٠٣) من المجلة إذا طلب أحد الخصمين المرافعة في حضور قاضٍ، وطلب أخر المرافعة في حضور قاضٍ أخر في البلدة التي تعدد قضاتها ، ورفع الاختلاف بينهما على هذه الوجه يرجح القاضي الذي اختاره المدعى عليه ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٠٨ ، هذا وقد رجح ابن عابدين، الفهم الأول حيث قال: والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٥٤٢، بينما رجح الدكتور محمد نعيم ياسين : الفهم الثاني ؛ لأن هذا الفهم ينسجم مع التعليل الذي ذكروه لرأي الإمام محمد ، فهذه العلة تقتضي جعل الدعوى من اختصاص القاضي الذي يثق فيه المدعى عليه فيختاره ، نظرية الدعوى ، ص٢١٧ ، ولكن الباحث يرى وخاصة في زماننا أن ترجيح الفهم الأول أولى ؛ لأن في ذلك أكثر ضبطا للعملية القضائية ، فلا نبقى حائرين تحت رحمة المدعى عليه حتى يحدد القاضي الذي يختاره إذ قد يكون المدعي محقا في دعواه ، وإذا قلنا بأن العبرة لاختيار المدعى عليه قد يؤدي ذلك إلى إبطاء إيصال الحق إلى صاحبه ، كما أنه يصعب على المدعي وخاصة في زماننا أن يذهب إلى المدعى عليه ، ويقول له : أريد أن أرفع عليك دعوى فاختر القاضي الذي تريد ؟ وعليه فإن الباحث يرى في جعل العبرة في اختيار القاضي لمكان المدعى عليه، يحقق مصلحة الجانبين .

(٢) الدردير ، الشرح الكبير ، ج٦ ، ص١٢ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص١٢ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٦ ، ص١٤٦ ، جعيط ، الطريقة المرضية ، ص٣٠ .

(٣) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١، ص٧٤ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٥٩ .

(٤) المرجع السابق ، ج٦ ، ص٥٨ .

القول الأول : يرى أن القاضي المختص برفع الدعوى إليه ، هو القاضي الذي يوجد الشيء المدعى فيه ضمن ولاية اختصاصه ، وبه قال ابن الماجشون من المالكية [١] .

القول الثاني : يرى أن القاضي المختص برفع الدعوى إليه حيث يكون المدعى عليه ، ولا يلتفت إلى موضع الشيء المدعى فيه ، وهو قول مطرف [٢] ، وأصبغ [٣] ،من علماء المالكية ، وهو الراجح عندهم [٤] .

القول الرابع : يرى منع الخصوم من التقاضي حتى يتفقا على قاضٍ معين وهو قول في المذهب الحنبلي [٥] .

المناقشة والترجيح :

يتضح للباحث من خلال ذكر أقوال العلماء ،وما استند إليه من أدلة تدعم موقف كل منهما ، أن مسألة تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى هي مسألة اجتهادية ليس فيها نص من كتاب أو سنة ، وغاية ما استدل به أصحاب كل قول هي أدلة عقلية ،وعليه فإن الترجيح بين هذه الأقوال ينبغي أن يقوم على أساسين [٦] :

الأول : قوة الدليل العقلي لكل رأي من تلك الآراء .

الثاني : مقدار تحقيق أي من تلك الآراء لمقصود القضاء ، وهو تحقيق العدل ، وإعطاء كل ذي حق حقه .

وبناء على ما سبق فإنه يترجح لدى الباحث بناءً على الأساس الأول القول الثاني الذي يرى أن العبرة في تعيين القاضي المختص يرجع إلى المدعى عليه [٧] بصورة عامة ، ولكن الباحث يرى أيضا وبناءً على الأساس الثاني ترجح قول ابن الماجشون في دعاوى العين

([١]) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٧٤ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٥٨ .

([٢]) مطرف ، أبو سعيد مطرف بن عبد الرحمن ، فقيه مالكي ، سمع من سحنون وابن حبيب ، كان بصيراً بالنحو واللغة والشعر ،ذا زهد وورع ، مراد ، يحيى ، (٢٠٠٤م) ، معجم تراجم أعلام الفقهاء ، ط١، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص٣١٥ .

([٣]) أصبغ بن الفرج بن سعد بن نافع ،من أهل الفسطاط ،فقيه من كبار المالكية بمصر ، رحل إلى المدينة إلى الإمام مالك ليأخذ عنه فدخلها يوم مات ، المرجع السابق ، ص٢٥ .

([٤]) الدردير ، الشرح الكبير ، ج٦ ،ص٥٨ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٥٨ .

([٥]) أبو يعلى ، الأحكام السلطانية ، ص٦٩ .

([٦]) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٢٢١ .

([٧]) هذا وقد رجح الباحث فيما سبق ، أن العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى ، هي لمكان إقامة المدعى عليه وليس لاختياره .

وخاصة العقار ، والذي يرى فيه أن العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الـدعوى يرجع إلى القاضي الذي يوجد الشيء المدعى به ضمن ولاية اختصاصه ، وذلك مظنة تحقيـق فائدتين :

الأولـى : الاهتداء إلى جهة الحق وإصابته بسبب اتصال القاضي بظروف القـضية [١] ، فهـو الأقرب إلى موضوع النزاع والأقدر على الإحاطة بملابسات القضية وإصدار الحكم المناسب .

الثاني : توفير وقت القضاء وتخفيف مؤونة البحث والتحقيق [٢] ، وذلك لأن مثل هذه الـدعاوى تحتاج إلى الكشف على موضوع النزاع كالعقار مثلاً ، فإقامة الدعوى لدى القاضي الذي يوجـد العقار ضمن ولاية اختصاصه يوفر الوقت ، والجهد والتكلفة ، بخلاف ما لو كانت الدعوى لدى قاضٍ أخر ، فإن ذلك يتطلب مزيداً من الوقت ،والجهد والتكلفة، وتأخير الحق عـن صـاحبه ، وهذا يتنافى مع الغاية المرجوة من القضاء .

أما القول الأول : والذي يرى أصحابه أن العبرة في تعيين القاضي المخـتص بنظـر الدعوى هي للمدعي وذلك لأنه هو المنشئ للخصومة ، فيملك إقامتها عند إي قاضٍ أراد فيجاب عن ذلك بما يلي :

أولاً : نسلم بصحة القول بأن المدعي هو المنشئ للخصومة ، ولكني أرى أن لا تلازم بين القول بأن المدعي هو المنشئ للخصومة ، وبين إقامتها عند أي قاض أراد ، فالمدعي له الحـق فـي إنشاء الخصومة أو تركها ، ولكنه لا يملك إقامتها عند أي قاض أراد ، وذلك لأنه يمـس حـق المدعى عليه ، فهو يدعي خلاف الظاهر ، والأصل في المدعى عليه براءة ذمته ، وقد يكـون المدعي مبطلاً في دعواه ، فتكليف المدعى عليه الحضور إلى حيث أراد المدعي يترتب علـى ذلك إلحاق الضرر به ، وتعطيل مصالحه الأمر الذي ينبغي الاحتراز عنه فالمدعي ملزم بإثبات دعواه ، والمدعى عليه يدافع عن نفسه ، ويطلب السلامة لها ، فكان الأولى بالاعتبار في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى هو المدعى عليه ، وليس المدعي .

ثانياً : أن الشارع الحكيم قد راعى جانب المدعى عليه ، وقدمه على جانب المدعي حيث قبـل قول المدعى عليه بيمينه ، إن عجز المدعي عن إثبات دعواه ، فدل ذلك على أنه أولى بالاعتبار والنظر من المدعي ، فيكون القول بجعل الاختيار بتعيين القاضي المختص بنظر الدعوى مـن حق المدعى عليه أقرب لروح الشريعة ، وأكثر انسجاماً مع اتجاه الشارع [٣] .

---

(١) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٢٢١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

أما القول الرابع : والذي يرى أصحابه منع الخصوم من التقاضي حتى يتفقا على قاضٍ معين ، فإنه لا يخفى على أحد ضعف هذا القول ، وذلك لأن القضاء إنما جعل لفصل الخصومات،وقطع المنازعات ،وإيصال الحقوق إلى أصحابها ، وأن تعليق القضاء على تحقق اتفاق إرادة الخصوم في تعيين القاضي المختص بالنظر في الدعوى يطيل من أمد الخصومة ، ويمنع إيصال الحق إلى صاحبه ، والغالب عدم الاتفاق بين الخصوم ؛ لأن مصلحة أحدهما تقتضي عدم رفع الأمر إلى القاضي ، ومصلحة الأخر تقتضي ذلك فتعارضت المصالح ، وتعذر الاتفاق فظهر ضعف هذا القول .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- لو أقام مدعٍ مقيم في جرش ، دعوى دين على مدعى عليه مقيم في عمان ، فإن القاضي المختص هو من يقيم المدعى عليه ضمن دائرة اختصاصه وهي هنا محكمة عمان .

٢- لو أقام مدعٍ دعوى على مدعى عليه ، وكان كل منهما يقيم ضمن دائرة اختصاص قاضٍ واحد ، فإن الدعوى ترفع إليه، ولو كان في المحكمة أكثر من قاضٍ ، وكان كل منهما مأذوناً بالحكم على أي من حضر عنده ، فللمدعي أن يختار القاضي الذي يريد منهما .

٣- لو كان موضوع الدعوى يتعلق بعقار ، فإن الدعوى ترفع لدى القاضي الذي يقع العقار ضمن دائرة ولايته .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

يستثنى من القاعدة السابقة دعاوى العين وخاصة العقار فإنها ترى في محكمة المحل الذي يقع الشيء المدعى به ضمن اختصاصها ،وذلك لأن هذه المحكمة هي الأقدر على الإحاطة بملابسات القضية وإصدار الحكم المناسب ،كما أن الأمر قد يتطلب إجراء كشف على هذا العقار ، فتكون المحكمة التي يقع فيها هذا العقار هي الأنسب لذلك توفيراً للوقت والجهد .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

المحاكم الشرعية منتشرة في مختلف مناطق المملكة الأردنية الهاشمية [١]، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل يجوز رفع الدعوى لدى أية محكمة من هذه المحاكم ؟ أم أن الأمـر يتعلق بإرادة المدعي ؟ أو بمكان إقامة المدعى عليه ؟ للإجابـة عـن ذلـك لابـد مـن بيـان الاختصاص المكاني لكل محكمة من هذه المحاكم ، وذلك من خلال ما يلي :

أولاً : قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- تعيين المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى :

لقد وضّح القانون معالم الاختصاص المكاني لكل محكمة شرعية تابعـة لـه ، فقـرر كقاعدة عامة أن كل دعوى ترى في محكمة المحل الذي يقيم فيه [٢] المدعى عليه ضمن حـدود المملكة فإن لـم يكن للمدعى عليه محل إقامة في المملكة، فالدعـوى ترفع أمـام المحكمة التي يقيم فيها المدعي ضمن حدود المملكة [٣] .

([١]) انظر : ص ٢٢٩ من هذه الأطروحة .

([٢]) لقد نص القانون المدني الأردني في المادة (٣٩) ، على أن الموطن هو: المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، وإذا لم يكن للشخص مكـان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطن ، وعليه فإن للشخص حالات ثلاث هي : **الأولى** : أن يكـون للشخص مكان يقيم فيه عادة ، ولا يشترط أن يكون فيه دائماً بل يكفي أن يكون له نية الاستقرار ، ويتحقق ذلك بمكان السكن أو مكـان العمل كالتجارة مثلاً ،**الثانية** :أن يكون للشخص أكثر من موطن وتتحقق هذه الحالة بأن يكون له مـوطن كإقامته بالسكن في مكان معين ، ثم يتخذ حرفة أو تجارة في مكان أخـر يتردد إليه يومياً ، فيجوز للمدعي أن يقيم الدعوى في موطنه الأصلي بالنسبة للدعوى المتعلقة بشخصه ، ويجوز له أن يقيمها في موطنه الثاني بالنسبة للدعاوى التي تتعلق بتجارته أو مهنته ، **الثالثة** : أن لا يكون للشخص موطن فقد نص القانون على أنه : إذا لم يكن للمدعى عليه محل إقامة فالدعوى ترفع أمـام المحكمة التي يقيم فيها المدعي ضمن حدود المملكة ، أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات ، ص١٠٢ ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قـرار رقم (١٥٨٢٤) ، تاريخ ١٩٦٧/١٢/٢٣م ، حيث نص علـى أن محل الإقامة هـو: المكان الدائم الـذي يقيم فيه المدعى عليه عادة ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات ، ج٢ ، ص٥٦٥ ، هذا وقـد استقر اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في عمان ، على أن الذي يوجد في مناطق محتلة من قبل العدو هـو فـي حكم مجهول محل الإقامة ، ولذا تقام الـدعـوى عليه لـدى المحكمة التي يقيم فيها المدعي ، قـرار رقـم (٣١٠٣٥) ، تاريخ ١٩٩٠/١/٢٧ م ، المرجع السابق ، ج٢ و ص٥٨٧ .

([٣]) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٣) .

ومع أن القانون جعل القاعدة العامة في الاختصاص المكاني هي حيث يقيم المدعى عليه ضمن حدود المملكة ، إلا أنه قد استثنى من هذه القاعدة دعاوى معينة لاعتبارات " منها : وجود علاقة بين المحكمة التي حددها القانون وبين الدعوى ، الأمر الذي يجعلها الأقدر على رؤية مثل هذه الدعوى ، ومنها : حماية لمن وضع الاستثناء لأجله ، والمحافظة عليه ، ومنها : اعتبارات إنسانية تقتضيها ظروف الحال كضعف من وضع الاستثناء لأجله ، ومنها : التيسير على الناس في قضاء مصالحهم بأقصر طريق وأقل جهد "[1] ، وهذه الاستثناءات هي[2] :

١- الدعاوى المتعلقة بالأوقاف غير المنقولة[3] ، ترى في محكمة المحل الموجود فيه ذلك الوقف ، وهذا يتفق مع ما رجحه الباحث ، من أن دعاوى العين وخاصة العقار ترى في محكمة المحل الذي يوجد فيه العقار؛ لأنها الأقدر على الفصل في الدعاوى المتعلقة به أكثر من غيرها من المحاكم الأخرى ؛ لأن الفصل في الدعوى قد يحتاج إلى الكشف على العقار ومعاينته، وهذا الأمر يسهل على القاضي إذا كان العقار ضمن دائرة اختصاصه بخلاف ما لو كان ضمن دائرة اختصاص محكمة أخرى .

٢-الدعاوى المتعلقة بمداينات أموال الأوقاف،لا ترى إلا في محكمة المحل الذي جرى فيه العقد.

٣- دعوى الوصية ، تقام في محكمة إقامة المتوفى ، أو في محل وجود التركة .

٤- تجوز رؤية دعوى النكاح في محكمة المدعى عليه ، أو المحكمة التي جرى في منطقتها العقد ، وتجوز دعوى الافتراق في المحكمتين المذكورتين ، وفي محكمة المحل الذي وقع فيه الحادث .

٥- لمحكمة إقامة المدعي أو المدعى عليه[4] ، حق تقدير النفقة للأصول والصغار ، وفاقدي الأهلية و الزوجات ، وطلب الحضانة ، وتقدير أجرة الرضاع ، والمسكن .

---

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص١٠٥.

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٣/فقره ١-٧) .

(٣) ويرى الباحث هنا أن من الأفضل تعديل هذه المادة لتشمل العقارات بصورة عامة الموقوفة وغير الموقوفة

(٤) قانون معدل لقانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٣) ، أما المادة الأصلية فقد نصت على أن لجميع المحاكم ، ويرى الباحث أن التعديل هو الأفضل والأنسب حتى لا يتعسف المدعي في استعمال حقه في رفع الدعوى لدى جميع المحاكم ، وإنما يبقي الأمر مقتصراً على محكمة إقامة المدعي والمدعى عليه .

٦- إذا تعدد المدعى عليهم ، وكان الحكم على أحدهم حكماً على الباقين ، أو كان موضوع الدعوى واحداً تقام الدعوى في محكمة أحدهم ، وإذا أقيمت في محكمة امتنع على غيرها رؤية الدعوى ما لم تكن من الدعاوى المستثناة في هذا القانون .

٧- تحكم المحكمة في دعوى الدفع بناءً على طلب الدافع [١] .

هذا وقد نص قانون أصول المحاكمات الشرعية على أن تعيين الحصص الإرثية من اختصاص محكمة إقامة المتوفى [٢] ، ويجوز للمحكمة التي يقيم فيها بعض الورثة تعيين الحصص الإرثية ، إذا كان محل إقامة المتوفى خارج حدود المملكة [٣] ،كما نص على أن لمحكمة محل إقامة الصغار ، وفاقدي الأهلية تعيين الأوصياء والقوام ، وللمحكمة التي في منطقتها العقار إعطاء الإذن لهم [٤] .

٢- مزايا الاختصاص المكاني :

لقد نص قانون أصول المحاكمات الشرعية على بعض مزايا الاختصاص المكاني والتي يجب مراعاتها عند النظر في الدعاوى ومنها ما يلي :

أ- لقد فرق القانون بين الاختصاص الوظيفي والاختصاص المكاني بحيث جعل الأول من النظام العام الذي يجب على المحكمة أن تتعرض له ، ولو لم يثره الخصوم ، بينما لم يعتبر الثاني من النظام العام ، وبالتالي ليس للمحكمة أن تتعرض له، إلا بناءً على طلبٍ من الخصوم أنفسهم [٥]

([١]) لعل ورود هذه الفقرة هنا تثير تساؤلاً ما علاقتها بالموضوع ؟ ولكن الباحث يرى بما أن الدفع دعوى فحتى لا يخيل لأحد بأن الدفع يقام في محكمة المدعى عليه ، فجاءت هذه الفقرة لتبين أن الدفع يرى في المحكمة التي ترى الدعوى الأصلية بناءً على طلب الدافع .

([٢]) هذا وقد رأت محكمة الاستئناف الشرعية في عمان ، أن منح محكمة إقامة المتوفى تعيين الحصص الإرثية لا يمنع غيرها من المحاكم القيام به ، وقد جرت المحاكم الشرعية في هذه المملكة الأردنية على القيام بتسجيل الوراثات ، وبيان سهام الورثة لأشخاص غير مقيمين في قضائها إذا دعت الحاجة إلى ذلك ولم يكن هناك نزاع على الإرث ، أما في حالة وجود نزاع ، فإن المحاكم جميعها تمنع عن التسجيل حجج الورثة ويكلف من يطالب بذلك إقامة الدعوى لدى المحكمة المختصة ، وفق ما نص عليه قانون أصول المحاكمات الشرعية ، قرار رقم (١٨٦١١١) ، تاريخ ١٩٧٥/٩/١٧م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص٨٦ .

([٣]) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٤ فقرة /١) .

([٤]) المرجع السابق المادة (٤ فقرة /٢)

([٥]) قانون أصول المحاكمات الشرعية ،المادة (٥) ، وعلى هذا اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان حيث جاء في قراراتها "لا يجوز للمحكمة التعرض للصلاحية ما لم يعترض الخصم عليها" =

ب- اعتبر القانون أن الاعتراض على الصلاحية دفع شكلي ، لا يقبل بعد الإجابة على موضوع الدعوى حضورياً ، ولا بعد فصلها غيابياً، ما لم يكن تخلف المحكوم عليه عن حضور المحاكمة الغيابية لمعذرة مشروعة [١] .

ج – كما اعتبر القانون أن الدعوى التي لأكثر من محكمة الصلاحية لرؤيتها إذا أقيمت في إحدى المحاكم امتنع على المحاكم الأخرى النظر فيها ، وأن التغيير الذي يحدث في محل الإقامة بعد إقامة الدعوى لا يمنع دوام رؤيتها [٢] .

٣- التنازع على الاختصاص المكاني بين المحاكم الشرعية :

قد يحدث خلاف بين المحاكم الشرعية على الصلاحية إذا كان موضوع الدعوى مما يجوز لأكثر من محكمة رؤيته ، فهنا أجاز القانون لكل من الطرفين المتخاصمين ، أن يطلب إلى محكمة الاستئناف الشرعية ، تعيين المرجع على أن يقدم الطلب إلى قاضي القضاة ، الذي يترتب عليه إحالته إلى محكمة الاستئناف الشرعية [٣] .

ثانياً : عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

لقد نصت محكمة الاستئناف الشرعية صراحة على هذه القاعدة ، واعتبرتها قاعدة عامة في تحديد الاختصاص المكاني ، ومن ذلك على سبيل المثال ما يلي :

١- ففي دعوى قطع نفقة ، " ...فإن دعوى قطع النفقة ليست من الدعاوى التي استثنيت بالفقرة (٥) من المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية من القاعدة العامة أن الأصل أن تقام الدعوى في محل إقامة المدعى عليه " [٤] .

٢- في دعوى مصاريف ولادة "... ، المحكمة صاحبة الصلاحية في نظر الدعوى هي المحكمة التي يقيم في منطقتها المدعى عليه " [٥] .

= قرار رقم (٧٦٠٠) ، تاريخ ١٩٥٢/٤/١٥م، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات،ج٢، ص٥٨.

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٦) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٤٠٤٩١) تاريخ ١٩٩٦/٥/٧م ، داود القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٥٦٤ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٣،٢) .

(٣) المرجع السابق ، المادة (٩) ، أما تنازع المحاكم الشرعية مع غيرها من المحاكم ، انظر: تفصيل ذلك ، أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص١٠٨.

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (١٩٥٥٠) ، تاريخ ١٩٧٧/٧/٢١م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٠٨٥ .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار ر قم ، (٢١١٤٥) ، تاريخ ١٩٨٠/١/١٣م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المح

الفصل الثالث :

القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه ، والمحكوم به ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني :

لقد وضع الفقهاء قواعد فقهية تختص بالمحكوم فيه ، والمحكوم به ، تسهل على القاضي مهمته ، وتنير له الطريق في الوصول إلى الحق الذي ينشده ، ومن هنا جاء تقسيم هذا الفــصل إلى مبحثين :

المبحث الأول :

القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه .

المبحث الثاني :

القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم به٠

المبحث الأول :

القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم فيه :

المحكوم فيه كما تبين سابقاً [1] ، هو الحق المدعى به ، وقد وضع الفقهاء قواعد معينة ينبغي توافرها في المدعى به ، حتى يتسنى للقاضي النظر في الدعوى ، ومن ثم إصدار حكم بشأنها ، ولذا يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول :

القواعد الفقهية المختصة بشروط المحكوم فيه :

وضع الفقهاء شروطاً معينة يجب تحققها في الحق المدعى به ، والتي تمثل قواعد فقهية في مجال القضاء الإسلامي ، ومن أهمها ما يلي :

القاعدة الأولى :

أن يكون المدعى به معلوماً ٠

القاعدة الثانية :

أن يكون المدعى به محتمل الثبوت عقلاً وعادة ٠

القاعدة الثالثة :

أن يكون المدعى به في ذاته مصلحة مشروعة ٠

وفيما يلي بيان لهذه القواعد :

([1]) انظر : ص٦١ من هذه الأطروحة ٠

القاعدة الأولى :

أن يكون المدعى به معلوماً [١] :

معنى القاعدة :

تدل هذه القاعدة على أنه يشترط لصحة الدعوى ، أن يكون المدعى به معلوماً ، بحيث يكون متصوراً في ذهن المدعي ، والمدعى عليه ، والقاضي والشهود ، أما تصور المدعى به في ذهن المدعى ليعلم بماذا يدعي ، وأما القاضي ليستطيع الحكم ، إذ الحكم بالمجهول لا يصح ، وأما المدعى عليه ليستطيع الدفاع عن نفسه ، وأما الشهود ليتمكنوا من معرفة على ماذا يشهدون [٢] ، وهذا أمر قد استقر عليه الفقه والقضاء ، وترضاه العقول السليمة ، إذ كيف يمكن للقاضي أن يلزم المحكوم عليه بأمر مجهول ؟! فيكون حكمه ضرباً من العبث لا إلزام فيه، ثم أن الهدف من القضاء هو فصل الخصومة ،وقطع النزاع ، وإيصال الحق إلى صاحبه[٣]، وهذا كله لا يتصور في الدعوى بالمجهول ، كما أن صحة الشهادة مرهونة بمطابقتها للدعوى فإذا كان المدعى به مجهولاً لا تصح الشهادة عليها [٤] ؛ لأنها لا تصح على المجهول ، فتكون الدعوى مرفوضة لعدم إمكان إثباتها [٥] ، ثم إن التحليف يجب أن يكون على معلوم ، فلا تحليف على حق مجهول ؛ لأن الجهالة كما تمنع قبول البينة فإنها تمنع الاستحلاف [٦] .

إذا تقرر هذا فإن الفقهاء يكاد يتفقون على أنه يشترط في الدعوى حتى تكون معتبرة

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢١٨ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٤٣٢ ،العلائي ، المجموع، المذهب في قواعد المذهب ،ج٢ ، ص٤٩٥ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص١٨٣ .

(٢) ابن حسين ، محمد على ، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبوع بهامش الفروق ، للقرافي ، ج٤ ، ص١٥٣ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٣٤٨ .

(٣) الأنصاري ، أبو يحيى زكريا ، (ت ٩٢٦هـ/١٥٢٠م) ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ط١، ٩م ، (تحقيق : محمد تامر) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ج٩ ، ص٣٧٠ .

(٤) قاضي زاده ، أحمد قودر ، (ت ٩٨٨هـ/١٥٨٢م) ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، ط١ ، ١٠م ، وهو تكملة شرح فتح القدير لابن الهمام ،(تحقيق: عبد الرزاق المهدي)، ٢٠٠٣م ، ج٨ ، ص١٥٩.

(٥) الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص٣١٩ ، ياسين ،نظرية الدعوى ، ص٣٤٣ .

(٦) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣١٦ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٣١١ .

شرعاً: أن يكون الحق المدعى به معلوماً [١] ، فإذا كان عيناً ، يمكن نقلها إلى مجلس الحكم فلا بد من إحضارها ليتمكن الشهود من الشهادة عليها بالإشارة إليها ، وأما إذا تعذر نقله ،أو كان يترتب على نقله أعباءٌ مالية كبيرة ، بعث القاضي إليه أمينه ، وإن كان المدعى به عقاراً ، فلا بد من بيان حده ليكون معلوماً ؛ لأن العقار لا يصير معلوماً إلا بالتحديد ، وأما إن كان الحق المدعى به ديناً فلا بد من بيان جنسه ، ونوعه ، وقدره ، وصفته ؛ لأن الدين لا يصير معلوماً إلا ببيان هذه الأشياء [٢] .

ومما ينبغي ذكره هنا أن الدعوى لا ترد كلية إذا كان المدعى به فيها مجهولاً ، وإنما على القاضي أن يمهل المدعي لإكمال النقص ، وتوضيح الدعوى ، واستدراك ما فاته في التعريف بالمدعى به فكل مدعٍ مكلف بتفصيل دعواه ، ومن لم يفعل طلب القاضي منه ذلك ، فإن لم يفعل اعتبرت دعواه غير صحيحة ، وبالتالي غير منتجة لأثارها المترتبة على الدعوى الصحيحة.

من الأمثلة على القاعدة نذكر منها[٣] :

١- لو ادَّعى شخص أن له على فلان حقاً ، فإن هذه الدعوى لا تسمع ؛ لأنه يدعي بمجهول [٤] .

٢- لو ادَّعى شخص على أخر أنه شريكه ، وقد خانه في البيع والشراء ، ولم يبين مقدار ما خانه به لم تسمع دعواه .

([١]) وذلك لأن هذا الشرط لم يسلم من انتقاد قلة من العلماء، لا يقوى رأيهم على الوقوف أمام ما استقر عليه الفقه والقضاء من اشتراط معلومية المدعى به ، انظر تفصيل هذه المسألة : ابن عابدين ،حاشية رد المحتار ،ج٥، ص ٥٤٣ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص ٣٣٢ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٦ ، ص ١٢٤ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص ١٠٨ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص ٤٦٥ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص ٢٠١ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥١٣ ، القاري ، مجلة الأحكام العدلية ، ص ٦١١، حيث نصت المادة (٢١٠١) :" يشترط أن يكون المدعى به معلوماً "، ياسين، نظرية الدعوى ، ص ٣٤٣ .

([٢]) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥، ص٣٣٢ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص١٨٥ ، قراعه ، الأصول القضائية ، ص ١٧ .

([٣]) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص ٣١٦ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣١١ .

([٤]) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٣٤٨ .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من هذه القاعدة عدة مسائل هي [١] :

١- دعوى الوصية بالمجهول ، فلو ادعى المدعي قائلاً: قد أوصى لي المتوفى فلان بجزء من ماله ، ولم يبين مقدار ذلك الجزء ، فأطلب من الورثة أن يبينوه ، وأن يؤدوه لي فدعواه صحيحة[٢]، وذلك لأن الوصية في الغالب تكون بصورة سرية لا يعلمها الموصى له فيعذر بجهله بمقدارها .

٢- أجاز بعض علماء الشافعية الدعوى بالمجهول ، إذا كان الحق المدعى به يتوقف على تقدير القاضي ، وذلك كالمفوضة [٣] التي تطلب المهر[٤] ،لأن تقدير المهر هنا يكون بمهر أمثالها .

٣- دعوى النفقة : فلو ادعت الزوجة على زوجها نفقة فإنها لا تحتاج إلى بيان مقدارها ؛ لأن القاضي يوجب ما يقتضيه الحال من يسار ، وإعسار ، وتوسط [٥] .

٤- وتصح دعوى الإبراء بالمجهول : لأن جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة [٦] .

٥- إذا اتهم القاضي ولي اليتيم أو متولي الوقف بشيء مجهول من مال اليتيم ، أو مال الوقف ، فإن للقاضي أن يحلفهما نظراً لليتيم والوقف [٧] ، مراعاة لحقيهما الذي يجب مراعاته .

٦- دعوى الغصب : فلو قال شخص لأخر : غصب مني كذا ، ولا أدري قيمته . أو قال : ولا أدري أنه هالك ، أو قائم ، فإن دعواه تسمع ؛ لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة شرطاً لتضرر به [٨] .

---

(١) انظر هذه الاستثناءات : ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢١٨ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ج٢ ، ص٣١٦ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص١٨٤ ، القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص ١٥٤ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٤٦٥ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج٢ ، ص ٤٦١ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص٢٠١ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥١٣ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٣٨١ ، قرقور ، قواعد الإثبات ، ص ١٨٨ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص ١٨٤ .

(٣) المفوضة : هي القائلة لوليها زوجني بلا مهر ، أو على أن لا مهر لي ، الدمياطي ، السيد البكري بن السيد، إعانة الطالبين ، ٤م ، دار الفكر ، بيروت ، ج٣ ، ص٣٤٦ .

(٤) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٤٦٥ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٣٦٦ .

(٥) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج٢ ، ص٢٠٤ .

(٦) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٢٠٤ .

(٧) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢١٨ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣١٦ .

(٨) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣١٧ ، الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج٥ ، ص٣٢٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

مما لا شك فيه ، أن القضاء الشرعي الأردني ، يشترط لصحة الدعوى : أن يكون الحق المدعى به معلوماً ، ولذا فإن الدعوى بالمجهول لا تصح ؛ وذلك لاستحالة إلزام المدعى عليه بشيء مجهول في حالة ثبوت الدعوى [١] ، وبالتالي لا تُحقق الغاية من إصدار الحكم ، وهي فصل النزاع ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها .

ومن هنا ، نجد أن قرارات محكمة الاستئناف الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع ، قد نصت على العمل بالمادة (١٦١٩) ، من مجلة الأحكام العدلية حيث تنص على ما يلي:" يشترط أن يكون المدعى به معلوماً ، ولا تصح الدعوى إذا كان مجهولاً " [٢] .

من الأمثلة على هذه القرارات الاستئنافية ما يلي :

١- " في دعوى رده لم يذكر في الدعوى ما هي الألفاظ التي قالها المدعى عليه ، وبذلك فالمدعى به مجهول ، والدعوى غير مقبولة ؛ لأن من شروط الدعوى أن يكون المدعى به معلوماً عملاً بالمادة (١٦١٩) ، من المجلة ، وجاء في كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية لعلي قراعه في أنواع الدعوى : (تنقسم الدعوى إلى نوعين : دعوى صحيحة ، ودعوى فاسدة)، وبعد أن بين الدعوى الصحيحة قال : والدعوى الفاسدة هي : التي لم تستوف شرط صحة الدعوى ، وحكمها عدم وجوب الجواب على المدعى عليه ، والقاضي لا يقبل من الدعاوى إلا الدعوى الصحيحة . وفي البند الثاني من شروط صحة الدعوى في الكتاب نفسه ما يلي : " أن يكون المدعى به معلوماً فلو كان مجهولاً لم تصح الدعوى " [٣] ، لذلك كان على المحكمة الابتدائية ، عدم قبول الدعوى وردها لعدم صحتها ، وعليه وبما أن الأصل أن الدعوى بالمجهول غير صحيحة ، فقد تقرر من حيث النتيجة تصديق الحكم برد دعوى ردة المدعى عليه لما ذكر فضلاً عن عدم ثبوتها " [٤] .

٢- "في دعوى عقد الزواج ، إذا كان المدعي متردداً في دعواه بالنسبة إلى من صدر منه الإيجاب والقبول ـ وهما أصل العقد وبهما ينشا ـ ولم يجزم في دعواه بشيء معين بهذا

---

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص١٣٤ ، أحمد داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٢٠٨ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص١٨٣ .

(٣) قراعه ، الأصول القضائية ، ص٤ ،٧ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٣١١٨٩) ، تاريخ ١٩٩٠/٢/١٠م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٦٤٦ .

الخصوص فلا تكون دعواه صحيحة ومقبولة ؛ لأن من شروط صحة الدعوى وقبولهـا وفقـاً للمادة (١٦١٩) ، من المجلة أن يكون الحق المدعى به معلوماً ، وفي مثل هـذه الـدعوى، لا يكـون الحق الـمـدعى به معلـومـاً ، إلا إذا كان واضحاً ومحدداً ومجزوماً به بلا تردد أو غموض " [١] .

هذا ولم تختلف آلية تحقق العلم بالحق المدعى به في القضاء الشرعي الأردني ، عـن الفقه الإسلامي ، حيث تتحقق معلومية المدعى به في القضاء الشرعي الأردني بالإشارة إذا كان عيناً منقولاً ، حاضراً في مجلس المحاكمة ، فالإشارة إليه كافية ، وإذا لم يكن حاضـراً يكـون معلوماً بوصفه ، وتعريفه وبيان قيمته ، وإذا كان عقاراً يعين ببيان حدوده ، وإذا كان ديناً يلزم بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره [٢] .

بقي أن نشير إلى أن قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني ، أشار في المادة (٤٥) إلى أن بيان السهام أو الحصة المعينة يُغني عن ذكر المال في الدعاوى الإرث ، والاسـتحقاق في الوقف ، والوصية ، ولا حاجة إلى ذكر المال في دعاوى إثبات الرشد أيضاً ، إلا إذا كـان المال نفسه هو موضوع النزاع [٣] .

وعليه ، فلو ادعى الوارث أن نصيبه السدس من مال مورثه ، فإن دعواه هنا تسمع ولا تعد من قبيل الدعوى بالمجهول ؛ وذلك لأن المدعى به معلوماً ؛ لأنه سدس المـال المـوروث المعلوم ، وكذا الأمر في الوقف والوصية .

---

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قـرار رقـم (٥٩٣٩٣) ، تاريخ ٢٠٠٣/١١/٢٣م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٣٥٥ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص١٨٥ ، المادة ١٦٢٠ ، ومـن القـرارات الاستئنافيةفي ذلك:" إذا كان المدعى به فـي دعوى توابع المهر عينا منقولة وقـد طلب الحكم بها فيجب تعـريفها وتوصيفها مـع بيان قيمتها إذا كانت قائمة ومـوجودة ، وإذا كانت مستهلـكة يكتفى بذكر القيمة "مـحكمة الاستئناف الشرعية ، قـرار رقـم (٨٦١٩) ، عـمـرو ، القرارات القضـائية فـي الأحـوال الشخصية ، ص٣١١ ، وفـي قـرار رقم(١٥٦٧٢) تاريخ١٩٦٧/٩/٧م،الصادر عـن محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان، "مـن شـروط صحة الدعـوى أن يكـون المدعـى بـه معلومـاً بالإشارة إليه إن كان حاضراً أو بـوصفه و تعـريفه وبيان قيمته، إن كان غائباً وفقاً لمـا نصت عليه المـواد (١٦١٩ ، ١٦٢٠، ١٦٢١) مـن المجلة... " ، داود ، أصـول المحاكـمات الشرعية ، ج١ ، ص٢٤٦ .

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٤٥) .

القاعدة الثانية :

أن يكون المدعى به محتمل الثبوت عقلاً ، وعادة [١] :

معنى القاعدة :

فحوى هذه القاعدة أنه يشترط لصحة الدعوى أن يكون الحق المدعى به ، محتمل الثبوت [٢] عقلاً وعادة ؛ وذلك لأن دعوى المستحيل في العقل والعادة غير صحيحة لتيقن الكذب في العقلي وظهوره في المستحيل العادي [٣] ، فالممتنع عادة كالممتنع حقيقة ، فكما أن الممتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه ، للتيقن بكذب مدعيه ، كقوله لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني ، فكذلك الممتنع عادة كدعوى معروف بالفقر على أخر أموالاً جسيمة لم يعهد عنه أنه أصاب مثلها بإرث أو بغيره[٤] .

ومستند هذه القاعدة ، أن الكذب متيقن في الإدعاء بالمحال [٥] ، فلا تسمع الدعوى به أما اشتراط كون الحق المدعى به يحتمل الثبوت عادة فقد استدل له ابن قيم الجوزية بأمرين :

الأول : قوله تعالى :﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [٦] ، فالشريعة أوجبت الرجوع إليه (أي العرف) ، عند الاختلاف في الدعاوى ، ومعلوم أن من كانت دعواه ينفيها العرف ، فإن الظن قد سبق إليه في

---

(١) هذه القاعدة ذكرها السبكي في الأشباه والنظائر ، ولكنه عبر عنها:" بأن القاعدة في الأخبار والدعاوى والشهادات والأقارير وغيرها، أن ما كذبه العقل، والعادة مردود "، السبكي ، الأشباه والنظائر،ج١، ص٣٦٧ ، العلائي ، المجموع المذهب في قواعد المذهب ، ج٢ ، ص٤٩٧ ، هذا وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (٣٨) ، على أن : " الممتنع عادة كالممتنع حقيقة " ، وجاء في شرحها أن ما استحال عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلاً ، كما لو ادعى شخص بأن الجنين الذي في بطن هذه المرأة أقر بأنه استقرض منه مبلغاً، فلأنه أسند ادعاءه وإقراره لسبب مستحيل عادةً وعقلاً فإقراره وادعاؤه غير صحيحين ، علي حيدر ، درر الحكام و ج١ و ص٤٧ .

(٢) الثبوت ، من ثبت ثباتاً وثبوتاً ، أي أن الأمر عنده تحقق ، وتأكد ، وثبَّت الحق أكده بالبينات ، مجموعة من المؤلفين ، المنجد في اللغة والأعلام ، ص٦٨ .

(٣) السبكي ، فصل القضية ، ص١٤ ، قراعه ، الأصول القضائية ، ص٩ ، الأبياني ، مباحث المرافعات ، ص١٣ .

(٤) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٢٢٥ .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٢٠٨ ، المادة (١٦٢٩) .

(٦) سورة الأعراف ، آية (١٩٩) .

دعواه بالبطلان كبقال يدعي على خليفة أو أمير ما لا يليق بمثله شراؤه [١] .

الثاني : بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : " ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح " [٢] .

وجه الدلالة : قال ابن القيم رحمه الله : " ولا ريب أن المؤمنين – بل وغيرهم – يرون من القبيح أن تسمع دعوى البقال على الخليفة ، والأمير أنه باعه بمائة ألف دينار ولم يوفه إياها [٣].

هذا وقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الحق المدعى به أن يكون محتمل الثبوت عقلاً[٤] ، ولكنهم اختلفوا في ثبوت الحق المدعى به عادة على قولين :

القول الأول : يرى أنه يشترط في الحق المدعى به أن يكون محتمل الثبوت في العادة ، وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة [٥] .

القول الثاني : يرى عدم اشتراط أن يكون الحق المدعى به محتمل الثبوت في العادة ، بل اشترطوا فقط أن يكون محتمل الثبوت في العقل ، وبه قال الشافعية [٦] .

وقد حاول الإمام العز بن عبد السلام ، أن ينهج منهجاً وسطاً في ذلك فقال :" لو ادعى السوقة على الخليفة ، أو على عظيم من الملوك : أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه ، فإن الشافعي يقبله ، وهذا في غاية البعد، ومخالفة الظاهر .... ، ثم قال : والقاعدة في الأخبار من

---

(١) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص٨٩ ، ٩٢ .

(٢) هذا جزء من حديث موقوف على عبد الله بن مسعود ، رواه أحمد في مسنده : (إن الله نظر إلى قلوب العباد . ...) ، أحمد ، مسند أحمد ، ج١ ، ص٣٧٩ ، الزيلعي ، نصب الراية ، ج٤ ، ص١٣٣ ، وقال : "لم أجده إلا **موقوفاً** على ابن مسعود "، **واللفظ لهما** .

(٣) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص٩٢ .

(٤) ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص١٠٤ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٣٦ ، علي حيدر درر الحكام ، ج٤ ، ص٢٠٨ ، الملاح ، عمدة الحاكم ، ص١٨ ، القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص١٥٣ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص١١ ، الأسيوطي ، جواهر العقود ، ص٦٤٧ ، ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج٢ ، ص١٠٦ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤١٩ ، ابن القيم الطرق الحكمية ، ص٨٩ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٣٧٥ .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) الشرواني ، حاشية الشرواني ، ج١ ، ص٢٩٩ ، ابن أبي الدم ، أدب القاضي، ص١٣٥ ، وقد خالف بعض الشافعية إمامهم في ذلك، قال الاصطخري : "إن شهدت قرائن الحال بكذب المدعي لم يلتفت إلى دعواه ،مثل أن يدعي الدائن استئجار الأمير أو الفقيه ، لعلف الدواب أو كنس بيته... " ، النووي ، روضة الطالبين ، ج١٢ ، ص١١ .

الدعاوى والشهادات ، والأقارير وغيرها أن ما كذبه العقل ، أو جوَّزه ، وأحالته العـادة فهـو مردود ، وأما ما أبعدته العادة من غير إحالة فله رتب في البعد ، أو القرب قد يختلف فيها: فما كان أبعد وقوعا فهو أولى بالرد ، وما كان أقرب فهو أولى بالقبول ، وبينهما رتب متفاوتة [١] .

وهذا الذي ذكره الإمام العز بن عبد السلام ، في غاية الدقة ، ويدل على علـم دقيـق ، وفهم عميق ، فقد وضع بذلك حلاً وسطاً لهذه المسألة فهو لم يقل بـسماع دعـوى المـستحيل العرفي مطلقاً ، كما لم يقل بإلغائها ، بل جعلها درجات متفاوتة ، فما كـان أبعد وقـوعـاً فهو أولى بالرد ، ومـا كان أقرب وقوعاً فهو أولى بالقبول ، وهذا يعطي صلاحية للقاضي أن ينظر في المسائل المعروضة عليه ، وأن يصدر حكمه بما يتفق مع نصوص الشريعة ، وينسجم مـع مقاصدها ، في إيصال الحقوق إلى أصحابها ، فالحق أحق أن يتبع .

وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء المالكية ، قد قسموا الدعاوى بالنسبة إلى موافقتها للعرف، والعادة إلى ثلاث صور :

الأولى : الدعوى التي تكذبها العادة :

فقد قالوا ببطلانها ، وعدم ترتب أثارها عليها ، ولذلك قالوا بفساد الدعوى بحـق مـن أهمله صاحبه مدة طويلة ، وهو يراه في يد المدعى عليه يهدم، ويبني ويؤجر مع طول الـزمن وهو حاضر من غير مانع يمنعه من الطلب ... [٢] ، وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ، ولا يدعي أن له حقاً وليس بينهما شركة ثم قام يدعي أنها له ويريد أن يقيم البينة على دعـواه ، فهـذا لا تسمع دعواه أصلاً فضلاً عن بينته لتكذيب العرف إياه [٣] .

الثانية : الدعوى التي تصدقها العادة :

وهذه الدعوى مسموعة من مدعيها ، ويمكَّن من إقامة البينة على مطابقتها ، أو يستحلف المدعى عليه ، ولا يحتاج في استحلافه إلى إثبات خلطة ، ومثالها : أن يدعي رجل على صانع منتصب للعمل أنه دفع إليه متاعاً يصنعه له [٤] .

الثالثة : الدعوى التي لا تقضي العادة بصدقها ، ولا بكذبها :

فهذه الدعـوى مسموعة مـن مدعيها ، ويمكَّن من إقامة البينة علـى مطابقتها ، فأمـا

([١]) ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج٢ ، ص١٠٦ .

([٢]) سوف تتم الإشارة إلى هذه الموانع فيما بعد ، انظر : ص١٨٤ من هذه الأطروحة .

([٣]) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص١١٠ ، بن حسين، تهذيب الفروق ، ج٤ ، ص١٥٩ .

([٤]) فيحلف ولم لم تثبت خلطة ؛ لأن نصب نفسه للناس في معنى الخلطة ، هذا وقـد ذكر الدسوقي " أنه يستثنى من اشتراط الخلطة ثماني مسائل ..." ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٢٩ .

استحلاف المدعى عليه فليس له ذلك إلا بإثبات الخلطة [١] بينهما ، ومثالها : أن يدعي الرجل ديناً في ذمة أخر[٢] .

هذا هو المشهور عند فقهاء المالكية ، أما الذي عليه العمل ، أنه لا يشترط في توجيه اليمين على المدعى عليه خلطة [٣] ، ولم يقل أحد من فقهاء المذاهب الأخرى باشتراط الخلطة ، لتوجيه اليمين على المدعى عليه ،إلا ابن قيم الجوزية من الحنابلة ، وعليه فإن الفقهاء قد اختلفوا على قولين :

القول الأول : يرى عدم اشتراط الخلطة في توجيه اليمين على المدعى عليه وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية ، والحنابلة [٤] .

القول الثاني : يرى أنه يشترط في توجيه اليمين على المدعى عليه ، إثبات الخلطة والمعاملة بينهما ، وبه قال المالكية ، وابن القيم من الحنابلة [٥] .

أدلة المالكية وابن القيم :

استدل المالكية ، وابن القيم على اشتراط الخلطة بما يلي :

أولاً: إن هذا مروي عن علي بن أبي طالب ، وعمر بن عبد العزيز ، وعن فقهاء المدينة السبعة ، فقد روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه قال : " لا يعدي الحاكم على الخصم ، إلا أن يعلم أن بينهما معاملة" ، ولم يُذكر له مخالف من الصحابة ، فكان إجماعا ، ولأن عمل أهل المدينة على ذلك [٦] .

ثانياً: أنه قد ثبت وتقرر أن الإقدام على اليمين ، يصعب ويثقل على كثير من الناس ، سيما على أهل الدين ، وذوي المراتب والأقدار ، وهذا أمر معتاد بين الناس على مر الزمان ، ولا يمكن جحده ، وقد روي عن جماعة من الصحابة أنهم افتدوا أيمانهم ، منهم عثمان بن عفان ،

---

(١) الخلطة :هي من خلط يخالط مخالطة أي مازجه وداخله ، وعاشره ، والخلطة، الشركة ، المنجد ،ص١٩٢.

(٢) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص١١١ .

(٣) الدسوقي ، حاشية الدسوقي، ج٦ ، ص٢٨ ، جعيط ، الطريقة المرضية ، ص٩٣ .

(٤) ابن الغرس ، الفواكه البدرية ، ص١٠٤ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤١٩ .

(٥) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٢٨، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص٩٠ ، ياسين ، نظرية الدعوى، ص٣٧٧ .

(٦) القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص١٨٤، ابن جزي ، القوانين الفقهية ، ص٣٢١ ، ابن القيم ، الطرق الحكمية، ص٩٠ .

وابن مسعود وغيرهما ، وإنما فعلوا ذلك لمروءتهم ولئلا يبقى للظلمة إليهم إذا حلفوا ـ ممن يعادي الحالف ، ويحب الطعن عليه ـ طريق إلى ذلك (١) .

أدلة الجمهور :

استدل القائلون بعدم اشتراط الخلطة بما يلي :

أولاً: قوله تعالى : ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلاَ تَتَّبِعِ الهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾ (٢) .

وجه الدلالة : إن الله – سبحانه و تعالى – أمرنا بأن نحكم بين الناس بالسوية ، وترك الميل ، ولا يجوز هدم هذا المبدأ العظيم ، بمثل تلك الاحتمالات الضعيفة (٣) .

ثانياً: استدلوا بعموم قول النبي ﷺ : " البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه " (٤) .

وجه الدلالة : إن هذا الحديث عام ، فقد جعل البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه ، ولم يقيد ذلك بخلطة بينهما .

ثالثاً: قوله ﷺ : " شاهداك أو يمينه " (٥) .

وجه الدلالة : إن النبي ﷺ لم يذكر ضرورة وجود خلطة بين المدعي والمدعى عليه ، بل اكتفى عليه الصلاة والسلام بجعل البينة بجانب المدعي ، واليمين في جانب المدعى عليه عند عدم البينة .

رابعاً: إن الدعوى سمعت على خير الخلائق رسول الله ﷺ (٦) من غير ما خلطة بينه وبين

---

(١) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص٩٠ .

(٢) سورة ص ، آية (٢٦) .

(٣) الماوردي ، الحاوي ، ج٢ ، ص ٣٢٣ .

(٤) سبق تخريجه ، انظر: ص ٢٤ من هذه الأطروحة .

(٥) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الرهن ، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن، ج٢، ص٨٨٩ ، مسلم، صحيح مسلم ، كتاب الأيمان ، باب وعيد من اقتطع حق مسلم ، ، ج١ ، ص١٢٣ ، **واللفظ لهما** .

(٦) ومن ذلك شهادة خزيمة للنبيﷺ ، الهيثمي ، علي بن أبي بكر ، (ت٨٠٧هـ /١٤٠٤م) ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، ١٠م ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، ١٤٠٧م ، كتاب فضائل الصحابة ، باب ما جاء في خزيمة بن ثابت ﷺ قال : رجاله كلهم ثقات ، ج٩ ، ص٣٢٠ ، الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ،قال: حديث صحيح الإسناد ، ج٢ ، ص٢٢ ، **الحديث صحيح ، واللفظ لهما** .

المدعي ، ولو كانت الخلطة مطلوبة في الدعوى لنبه لذلك ﷺ ،كما سمعت الدعوى على كثير من أكابر الصحابة رضي الله عنهم جميعا [١] .

خامساً: إن خمول المدعي لا يمنع أن يكون له حق ، واشتهار المدعى عليه ، لا يمنع من ثبوت الحق عليه ، والمعاملة لا تدل على بقاء الحق ، وعدمها لا يمنع من حدوث الحق فلم يكن لاعتبارها (أي المعاملة) في الدعوى وجه [٢] .

سادساً: إن اشتراط الخلطة ، يؤدي إلى تضييع الحقوق ، وإقرار للظلم ، فإنه قد يثبت له الحق ، على من هو أرفع منه بغصب ، أو يشتري منه شيئا ولا يوفيه ، أو يودعه شيئا وغيرها من المعاملات التي تجري بين الناس ، ولا تعلم بينهما معاملة ، فإذا لم يرده عليه سقط حقه ، وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس الحاكم الذي لا نقيصة فيه فقد حضر عمر وعلي وغيرهما مجلس القضاء [٣].

المناقشة والترجيح :

من خلال ما سبق ، يتضح قوة ما استدل به الجمهور ، على عدم اشترط الخلطة بين المدعي والمدعى عليه ، أما ما استدل به المالكية ، وابن القيم فيمكن مناقشة هذه الأدلة بما يلي :

أولاً:أما القول بأن اشتراط الخلطة ، مروي عن علي بن أبي طالب ﷺ وغيره ولم يذكر له مخالف من الصحابة ، فكان إجماعاً ، فإنه يرد عليه : بأن هذا إدعاء يحتاج إلى دليل ، بل الدليل على خلافه ! فقد سمعت الدعوى على النبي ﷺ وكبار الصحابة من غير ما خلطة.

ثانياً: أما القول بأن الإقدام على اليمين يصعب ويثقل على كثير من الناس... ، فيرد عليه : بأن هذا القول يمكن أن يكون ذريعةً لتضيع حقوق الناس ، فاشتراط الخلطة بين المتداعين أعظم ضرراً ، من حضور مجلس القضاء الذي لا يترتب عليه أية نقيصة ، وهذا الأمر وإن وجد فيمكن معالجته بأمرين [٤] :

١- التوكيل ، فعلى من لا يرغب حضور مجلس القضاء أن يوكل غيره .

٢- معاقبة كل من يتبين للقاضي أن قصد المدعي من رفع الدعوى هو: الإضرار بسمعة المدعى عليه فقط ، وفي هذا منع للأشرار والأراذل من الإساءة إلى غيرهم .

---

(١) ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١٨٩ .

(٢) الماوردي ، الحاوي ، ج٢١ ، ص٣٢٣ .

(٣) ابن قدامة ، المغني ، ج١٠ ، ص١٠٦ .

(٤) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٣٨١ .

من الأمثلة على القاعدة :

١- لو ادعى أحد على من هو أكبر منه سناً ، أو في حق من نسبه معروف ، بأنه ابنه فلا تصح دعواه ، لأن الأول محال عقلاً ، والثاني محال شرعاً [١] .

٢- لو ادعى رجل معروف بسؤال الناس: أنه أقرض تاجراً من كبار التجار مائة ألف دينار ولم يكن معه بينة فهذه الدعوى لا تسمع ، ولا يحلف فيها المدعى عليه .

---

[١] علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٢٠٨ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني [١] يأخذ بهذه القاعدة ومن مظاهر تطبيق ذلك ما يلي :

أولاً : قانون الأحوال الشخصية الأردني :

١- فقد نصت المادة (١٤٨) على أن: " ولد الزوجة من زواج صحيح ، أو فاسد بعد الدخول ، أو الخلوة الصحيحة إذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول ، أو الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزوج ... " [٢] .

وهنا يرى الباحث أن ثبوت نسب الولد لأبيه إذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة أمر يقتضيه العقل ، وتدل عليه العادة ، ولذا فإنه يفهم من هذه المادة أن الولد إذا جاء في مدة أقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة ، فإن هذا الولد لا ينسب لأبيه ؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر [٣] .

٢- كما نصت المادة (١٤٩) على أن:"الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة ، مع تصديق المقر له إن كان بالغاً ، وإقرار المجهول النسب بالأبوة ، أو الأمومة يثبت به النسب ، إذا صادقه المقر

---

(١) وبما أن القضاء الشرعي الأردني يرجع في كثير من أحكامه إلى مجلة الأحكام العدلية ، فقد نصت المادة (١٦٢٩)على أنه:" يشترط أن يكون المدعى به محتمل الثبوت وبناء عليه لا يصح الإدعاء بشيء وجوده محال عقلاً ، أو عادةً ، فمثلاً إذا ادعى أحد في حق من هو أكبر منه سناً، أو في حق من نسبه معروف بأنه ابنه لا تصح دعواه ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٢٠٨ ، كما نص على ذلك القضاء الشرعي المصري ، والذي يرجع إليه أحياناً :" من شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده عقلا ، أو عادة ، أو شرعا، باطلة "، الجندي ، أحمد نصر ، (١٩٧٨م) ، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما ، ط٢ ، ٢م ، دار الفكر العربي ، مصر ، ج١ ، ص٤٨٤ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٤٨) . ويؤخذ على هذه المادة أنها جاءت تحت عنوان نسب المولود من نكاح فاسد، مع أنها تضمنت بعض أحكام ثبوت النسب بعقد الزواج الصحيح ،وهذا لا يتفق مع العنوان الذي وردت تحته ، السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص٥٥٤ .

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة (٣٣٣) من الأحكام الشرعية : " إذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولداً لتمام ستة أشهر فصاعداً من حين عقده ثبت نسبه من الزوج ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه منه ، إلا إذا ادعاه ، ولم يقل إنه من الزنا ، الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية ، ج٢ ، ص٥ ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٨٥٩٥) ، تاريخ ١٩٧٥/٨/٣٠م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٠٥٦ .

له ، وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك " [١] .

فهذه المادة صريحة في أن ثبوت النسب بالإقرار ، إنما يكون إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة وتصديق المقر له بذلك ، وهذا يعني أنه يشترط لثبوت النسب بالإقرار ، أن تتصور الولادة من المقر لمثل المقر له بالبنوة ، أو الأبوة ، فلا يقبل إقرار من عمره عشرون سنة بالبنوة لمن عمره خمسة عشرة [٢] ، لاستحالة ذلك عقلاً .

ثانياً : الواقع العملي في المحاكم الشرعية يقضي بأن دعوى المستحيل عادة وعقلاً لا تسمع ، ومن ذلك مثلاً : فلو رفعت الزوجة المطلقة على زوجها دعوى نفقة لولدها الذي لم يبلغ من العمر خمس سنين ـ باعتبارها وصية عليه ـ فدفع الأب الدعوى بأن ولده موسر بكسبه ، حيث أنه موظف في إحدى الدوائر الحكومية ، فإن هذا الدفع لا يسمع ؛ لأنه مستحيل عقلاً .

ثالثاً :عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

مع أنني لم أجد فيما اطلعت عليه من قرارات لمحكمة الاستئناف الشرعية قراراً صريحا يدل على أن دعوى المستحيل عقلاً ، أو عادة لا تسمع ، إلا أنه يمكن استنتاج ذلك من خلال المثال التالي :

لو رفع شخص دعوى إثبات نسب يقر فيها أنه والد فلا وكان يكبره في العمر أربع سنوات ، فردت هذه الدعوى من قبل المحكمة الشرعية ، ثم استئأنف الحكم ، فإن محكمة الاستئناف الشرعية سوف ترد الدعوى عملاً بالمادة (١٤٩) من قانون الأحوال الشخصية .

أما موقف القضاء الشرعي الأردني من الخلطة . فإن ما عليه العمل في المحاكم الشرعية ، أن الدعوى إذا رفعت من قبل شخص ما على أخر ، فإنها تسمع دون أن يبحث عن وجود خلطة أم لا ، فدل ذلك على عدم اشتراط الخلطة بين المدعي والمدعى عليه ، كما أن اليمين يوجه إلى المدعى عليه بعد إنكاره الدعوى ، وطلب المدعي ذلك ، دون التفاتٍ إلى وجود خلطة أو معاملة مسبقة بينهما ، عملاً بالقاعدة المقررة في القضاء الشرعي الأردني ، " البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر "[٣] .

---

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٤٩) .

(٢) السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص٥٤٥ ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٠٣٤ ، حيث ذكر من شروط ثبوت النسب بالإقرار بالبنوة أن يكون المقر في سن بحيث يولد مثله لمثله .

(٣) انظر: ص ٩٩ من هذه الأطروحة .

القاعدة الثالثة :

أن يكون المدعى به في ذاته مصلحة مشروعة [١] :

معنى القاعدة :

تدل هذه القاعدة على أنه يشترط لصحة الدعوى ، أن يكون الحق المدعى به مما يحقق للمدعي مصلحة مشروعة ، والمصلحة المشروعة هي المنفعة المعتبرة التي لها قيمة أقرها الشرع واعترف بها [٢] ، فإذا كان الحق المدعى به تافهاً ليس له قيمة ، كأن يطالب شخص بعشر سمسمه ، أو حبة قمح ،أو بدرهم وغيرها ، أو كان له قيمة ولكنه متولد عن مفسدة أي أمر غير مشروع ، كأن يطالب شخص بالفائدة الربوية ، أو ثمن خنزير أو خمر ، فإن مثل هذه الدعاوى لا تسمع .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة ، بأن القاضي مأمور بأن يحكم وفق شرع الله ،﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ﴾[٣] ، وغيرها من الآيات ، والأحاديث الدالة على ذلك . فإن كان المدعى به مصلحة ، ولكنها متولدة عن مفسدة ، فيكون الحكم بها بخلاف شرع الله ، وهذا موجب لبطلان الحكم ، وعدم ترتب أثاره عليه ، أما اشتراط كون المدعى به مصلحة معتبرة لها قيمة ، وذلك لاستبعاد دعوى الأشياء الحقيرة ، فإن هذه الأشياء وإن كانت حقاً لصاحبها ، إلا أن المطالبة بها أمام القضاء يجلب من المفسدة أكثر مما تجلب من المصلحة لصاحبها ، فإنها في ذاتها تهون أمام تكاليف إحضار المدعى عليه ، ونصب قاضٍ للنظر فيها ، وتضييع وقت القضاء في ذلك [٤] ، وكما هو مقرر شرعاً ، فإن درء المفاسد أولى من جلب المصالح ، فالترفع عن المطالبة بمثل هذه الأشياء التافهة ، أليق بأهل الفضل وذوي المروءات .

هذا وقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المدعى به ، أن يكون مصلحة مشروعة ، أما إذا كان مصلحة متولدة عن مفسدة ، فإن هذه الدعوى لا تسمع ؛ " لأن الشرع قد أبطلها

---

(١) القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص٢٢ ، وفي ذلك يقول القرافي :" إن الشرع لا يعتبر من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح ،محصل لمصلحة ، أو دارئ لمفسدة، لذلك لا يستمع الحاكم الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة ، التي لا يتشاح العقلاء فيها عادة كالسمسمة ونحوها" .

(٢) هذا وقد اعتبر الشاطبي:" أن كل ما يفيد حفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال ، هو مصلحة " ، الشاطبي ، الموافقات ، ج٢ ، ص٣٢٦ .

(٣) سورة المائدة ، آية (٤٩) .

(٤) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٣٠٤ .

وذلك كأن يدعي ثمن خنزير، أو ميتة ،أو نجاسة ... "[١] ، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في صحة الدعوى بالأشياء الحقيرة ، كالدعوى بقمحة ، أو شعيرة ، ونحو ذلك على قولين :

القول الأول : يرى عدم سماع هذه الدعوى ؛ لأنه لا يترتب عليها نفع شرعي معتبر، وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية [٢] .

القول الثاني : يرى جواز سماع هذه الدعوى ، وذلك لأنهم يرون أن كل حق يجوز المطالبة به مهما كان تافهاً ، وذلك جرياً على قاعدتهم بجواز الدعوى بالقليل ، والكثير ، ولكنهم اشترطوا في سماع مثل هذه الدعوى أن يأتي المدعي مع خصمه ، فإن لم يكن معه لم يجبه القاضي ، ولم يطلب إحضار خصمه ، وبه قال فقهاء الحنابلة [٣] .

ولعل الراجح ـ والله أعلم ـ القول بأن الدعوى بالأشياء التافهة ينبغي علينا أن ننزه مجالس القضاء عنها ، حتى لا نشغل القضاء والمحاكم عما هو أعظم منها ، ولما في ذلك من إضاعة للوقت ، والجهد من غير ما فائدة معتبرة مرجوة ، فعلى المدعي أن ينزه نفسه عن ذلك وعلى المدعى عليه أن يتقي الله ، ويبرئ ذمته أمام الله من غير ما قضاء .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- كأن يدعي رجل على أخر ، أن له في ذمته مبلغ ألف دينار ، وقد حان أجل السداد ، فإن هذه الدعوى تسمع لأن فيها مصلحة معتبرة مشروعة للمدعي .

٢- كأن يدعي رجل على أخر ، نسبة ١٠% زيادة على أصل الدين فائدة ، فهذه الدعوى لا تسمع ؛ لأنها وإن كانت مصلحة للمدعي إلا أنها غير مشروعة لأنها ربا .

٣- أن تطلب الزوجة من القاضي إيجاب نفقة لها على زوجها .

٤- أن تطالب الزوجة التي طلقها زوجها توابع مهرها .

([١]) الأسيوطي ، جواهر العقود ، ص٦٤٧ ، القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص٢٢ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤١٩ .

([٢]) المراجع السابقة ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥١٣، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص١١٠ .

([٣]) البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥١٣ ، غاية المنتهى ، ج٣ ، ص٤٤٨ ، وجاء في كشاف القناع:" وتسمع الدعوى في كل قليل ولو لم تتبعه الهمة ، ولا ينافي ذلك أن القاضي لا يستعدى فيما لا تتبعه الهمة لما في الاستعداء من المشقة بسبب ما هو أسهل منها " ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج١، ص٤١٩.

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من القاعدة عدة مسائل أهمها :

١- **دعوى الدين المؤجل :** فهذه الدعوى فيها مصلحة للمدعي ، ولكن الشارع أضاف حمايتـه لها إلى زمن مستقبل للزمن الذي رفعت فيه الدعوى ، فهو فـي الواقع يطـالب الآن بمصلحة غير محمية فتكون دعواه غير صحيحة ، ولذا اشترط كثير من الفقهاء لصحة الدعوى بالـدين المؤجل ، أن يكون حالاً وقت المطالبة به أمام القضاء [1] .

٢- أن يكون الحق المدعى به مصلحة تخص المدعي ، ولكن الشارع ربط حمايته لها بـإرادة المدعى عليه ، فلو ادعى المدعي قائلاً : إن هذا المدعى عليه يريد بيع ماله الفلانـي لأخـر ، فليبعه لي ، وسأدفع له ما يريد من الثمن ، فلا تسمع دعواه ، أو كمن يرفع دعوى على غيـره يطالبه فيها بالتصدق عليه لأنه فقير ، وخصمه غني[2] .

٣- أن يكون المدعى به مصلحة مشروعة ، ولكن المطالبة به على فرض ثبوته لا يترتب عليه إلزام الخصم بشيء ، فإن مثل هذه الدعوى لا تسمع [3] ، وذلك كأن يدعي شخص علـى آخـر حاضر أنه وكله ، فالقاضي لا يسمع هذه الدعوى ، لأن المدعى عليه في استطاعته أن يعزله في الحال [4] .

٤- أن يكون المدعى به مصلحة مشروعة ، ولكن يترتب على قبول الدعوى به إهدار مصلحة عامة ، وذلك كأن يرفع شخص دعوى على القاضي يتهمه فيها بالظلم في حكمه فـي دعـوى سابقة ، فلو أقر القاضي بذلك لعاد إقراره بمنفعة مشروعة على المدعي . وكـذلك لـو ادعـى الزور على الشهود ، وطلب منهم اليمين من غير أن يكون معه بينة على ما يدعيه ، فلا تقبـل دعواه ، ولا يطلب منهم اليمين ؛ لأنها لو قبلت لامتنع القضاة عن القيـام بأعمـالهم ، وكـذلك لعزف الشهود عن الإدلاء بشهاداتهم [5] .

---

(١) ابن أبي الـدم ،أدب القضاء، ص١٩٥ ، النـووي ، روضة الطالبين ، ج١٢ ، ص١٨ ، القاري ، مـجلة الأحكام الشرعية ، ص٦١٢ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٣٠٦ ، ومـن العلماء مـن أجاز سماع هـذه الدعوى لتسجيل البينة خوفاً من ضياعها ، ابن يوسف ، غاية المنتهى ، ج٣ ، ص ٤٤٨ .

(٢) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٣٠٦ .

(٣) علي قراعه ، الأصول القضائية ، ص١٠ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٣٠٦ .

(٤) وذلك عملاً بالمادة (١٥٢) من المجلة ، حيث نصت :" للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة" ، علـي حيدر ، درر الحكام ، ج٣ ، ص٦٤٢ .

(٥) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٣٠٧ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يتفق مع الفقه في كون الحق المدعى به مصلحة مشروعة [١]، ويظهر ذلك من خلال ما يلي:

أولاً : قانون الأحوال الشخصية الأردني :

فقد نص القانون صراحة على أنه :" إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ، ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج ، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً ، وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته " [٢] .

فهذه المادة تنص صراحةً على أنه يشترط في الشرط الذي يسجل في عقد الزواج أن يكون مصلحة مشروعة .

ثانياً : قانون أصول المحاكمات الشرعية :

فقد أجاز لمن له علاقة في الدعوى المقامة بين الطرفين ، ويتأثر من نتيجة الحكم فيها أن يطلب إدخاله شخصاً ثالثاً في الدعوى [٣] ، كما سمح القانون نفسه للشخص الذي لم يكن طرفاً في الدعوى ، وكان الحكم يمس حقوقه أن يعترض عليه اعتراض الغير [٤] ؛ وذلك لأن له مصلحة.

ثالثاً : عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

ويظهر ذلك من خلال القرارات التالية :

١- " كل دعوى إذا لم تؤسس على سبب مشروع ، تكون غير مسموعة "[٥] .

٢- "إذا تم الاتفاق بإلزام الخصم بشيء لا يوجبه الشرع ، فلا يعتبر ذلك الاتفاق ملزماً "[٦] .

---

(١) نصت المادة (١٠٦) من الدستور على ما يلي :" تطبق المحاكم الشرعية في قضائها أحكام الشرع الشريف".

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٩) .

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٩١) .

(٤) المرجع السابق، المادة (١١٥) .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٨٨٥٠) ، تاريخ ١٩٩٥/٥/١٨ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٣٤٣ .

(٦) محكمة الاستئناف ،عمان ، قرار رقم (٤٣٤٩١) ، تاريخ ١٩٩٧/٩/١٨ م ، حيث نص على أن :" المعاملات التي تتضمن الأرباح والفوائد ، وغير ذلك من الحقوق الناشئة عن المعاملات التجارية التي تتعارض مع أحكام الشرع الشريف ليس من وظيفة المحاكم الشرعية" ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات ، ج١ ، ص١٩٩ .

المطلب الثاني :

القواعد الفقهية التطبيقية المختصة بالمحكوم فيه :

هناك قواعد فقهية ، لها مساس كبير بالمحكوم فيه ، أكثر من غيرها في مجال تطبيقاتها العملية في مجال القضاء الإسلامي ، ولذا فإنني ومن خلال هذا المطلب ، سوف أحاول أن ألقي الضوء على بعض هذه القواعد الفقهية التي أرى أنها أقرب من غيرها في هذا المجال ، ولها تطبيق في القضاء الشرعي الأردني ، وهذه القواعد هي :

القاعدة الأولى : الأمور بمقاصدها .

القاعدة الثانية : الأصل بقاء ما كان على ما كان .

القاعدة الثالثة : الأصل في الأمور العارضة العدم .

القاعدة الرابعة : الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته .

القاعدة الخامسة : العادة محكمة .

القاعدة السادسة : الضرر يزال .

القاعدة السابعة : مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل .

القاعدة الثامنة : الحق لا يسقط بتقادم الزمان .

القاعدة التاسعة : الأصل في الأبضاع التحريم .

القاعدة العاشرة : الغرم بالغنم ٠

القاعدة الحادية عشرة : التابع تابع ٠

القاعدة الأولى:

الأمور بمقاصدها [١] :

معنى القاعدة:

إن أعمال الشخص ، وتصرفاته من قولية ، أو فعلية تختلف نتائجها ، وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال والتصرفات [٢] ، وفي ذلك يقول الإمام ابن القيم ـ رحمه الله ـ : "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها: إن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات ، والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات ، والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً ، أو حراماً ، وصحيحاً ، أو فاسداً ، وطاعة ، أو معصية ، كما أن القصد في العبادة ، يجعلها واجبة ، أو مستحبة ، أو محرمة ، أو صحيحة ، أو فاسدة [٣] .

وهذه القاعدة ، يسميها الفقهاء : بقاعدة النية التي محلها القلب [٤] ، وفي ذلك يقول السبكي ـ رحمه الله ـ : "وقاعدة النية طويلة الذيل ، متسعة الأنحاء "[٥] ، ولذا فإن هذه القاعدة تدخل في كثير من الأبواب الفقهية [٦] ، وهي أصل من أصول الإسلام ، وأحد القواعد الثلاث التي تُرد إليها الأحكام الشرعية [٧] .

وهذه القاعدة من القواعد الخمس الكبرى ، التي تضافرت الأدلة على اعتبارها ، ومن

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٧ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٩٧ ، العلائي ، صلاح الدين خليل ، (ت٧٦١هـ / ١٣٥٩م) ، المجموع المذهب في قواعد المذهب ،٢م ، (تحقيق :مجيد علي /أحمد عباس)، دار عمار ، الأردن ، المكتبة المكية ، مكة ، ج١ ، ص٣٧ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٥٤، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٣٦ ، هذا وقد ذكر الفقهاء قواعد كثيرة تتفرع عن هذه القاعدة ذكرها السبكي ، الأشباه والنظائر، ج١ ، ص٥٦ ، ومما ينبغي ذكره هنا أن الكلام على تقدير مقتضى أي أن" أحكام الأمور بمقاصدها " لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٧ .

(٢) الزرقا ،المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٨٠ .

(٣) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج٣ ، ص٧٩ .

(٤) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ،ص٧١ .

(٥) السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٥٥ ، وفي ذلك يقول ابن نجيم أيضاً :" فمسائلها لا تحصى، وفروعها لا تستقصى " ، الأشباه والنظائر ، ص٥٤ .

(٦) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٧ .

(٧) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٣٦ .

هذه الأدلة عليها ما يلي[١]:

١- قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحاً ﴾[٢] .

وجه الدلالة : أن الرجعة إنما جعلها الله تبارك وتعالى لمن يقصد الإصلاح لا الإضرار بالمرأة[٣].

٢- وقوله تعالى :﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ﴾ [٤] .

وجه الدلالة : إن الوصية تنفذ إذا لم يقصد الموصي الإضرار بالورثة ، وذلك بأن لا تزيد عن الثلث، فإن زادت عن الثلث قاصداً الإضرار بالورثة ،فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها[٥] .

٣- قوله ﷺ :" إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى " [٦] .

وجه الدلالة من هذا الحديث : يقول ابن القيم ـرحمه الله ـ :" فالنية روح العمل، ولبه وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها ، ويفسد بفسادها ، والنبي ﷺ قد قال كلمتين كفتا وشفتا ، وتحتهما كنوز العلم وهما قوله : " إنما الأعمال بالنيات " فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية ، ولهذا لا يكون عمل إلا بنية ،ثم بين في الجملة الثانية ، أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه ، وهذا يعم سائر العقود والأفعال ، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع ، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللاً ، ولا يخرجه من ذلك صورة عقد النكاح وهكذا..." [٧] .

---

(١) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج٣ ، ص٧٩ .

(٢) سورة البقرة ، آية (٢٢٨) .

(٣) الطبري ، محمد بن جرير ، (ت ٣١٠ هـ/١٩٢٢م) ، جامع البيان عن تأويل القران ، ط١ ، ١٦ م ،(تحقيق: محمود شاكر) ، دار إحياء التراث ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ج٢ ، ص٥٤٣ ، وفي ذلك يقول القرطبي :"أما فيما بينه وبين الله تعالى فغير جائز (إرجاعها) ، إذا أراد ضرارها بالرجعة لا إصلاح أمرها وأمره بمراجعتها "، القرطبي ، الجامع لأحكام القران ، ج٣ ، ص٨٢ .

(٤) سورة النساء ، آية (١٢) .

(٥) البيضاوي ، عبد الله بن عمر ، (ت٦٩١هـ / ١٢٩٢م) ، أنوار التنزيل وأسرار التأويل ، ط١ ، ٢م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ج٢ ، ص٦٤ .

(٦) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي ، ج١ ، ص٣ .
يقول العلائي:"وهذا حديث جليل أجمعت الأمة على صحته وتلقته بالقبول" ، العلائي ، المجموع المذهب ، ج١ ، ص٣٧ .

(٧) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج٣ ، ص٩١ ، ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٩٧ .

من الأمثلة على القاعدة [١] :

١- لو وجد شخص لقطة ، أي: مالاً ضائعاً ،و أخذه بقصد تملكه يعد غاصباً ، ويضمن قيمة المال لصاحبه إذا تلف في جميع الحالات ، أما إذا أخذه بقصد تسليمه إلى صاحبه ، وتلف المال بلا تعدٍ ولا تقصير لا يضمن ؛ لأنه يكون في حكم الأمين [٢] .

٢- لو قال الرجل لزوجته اذهبي إلى بيت أهلك ، فإن قصد بذلك الطلاق ،وقع كذلك وإلا فلا.

ومما ينبغي ذكره هنا ، أن قاعدة الأمور بمقاصدها مقيدة بالعمل المصاحب للنية ، بمعنى أن النية إذا تجردت عن العمل فإنها لا تكون مؤثرة في الأمور الدنيوية [٣] ، ومثال ذلك : إذا نوى الرجل طلاق زوجته في قلبه ، ولم يتلفظ بالطلاق فلا يعد ذلك طلاقاً ، ولو نوى الرجل في قلبه أن ينذر نذراً ، ولم يتلفظ به لم ينعقد النذر[٤] ، ولو اشترى شخص مالاً بقصد أن يوقفه وبعد أن اشتراه لم يتكلم بما يدل على وقفه ذلك المال ، فلا يصير وقفاً [٥] .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

ويستثنى من هذه القاعدة الأحكام الشرعية التي لا تتبدل أحكامها باختلاف القصد والنية ،

- وذلك كما لو أخذ شخص مال آخر على سبيل المزاح بدون إذنه ، فبمجرد وقوع الأخذ يكون الآخذ غاصباً قضاءً لا ديانةً ، ولا ينظر إلى نيته من حيث كونه لا يقصد الغصب بل يقصد المزاح .

- وكذلك لو أتى شخص عملاً غير مأذون فيه ، فإنه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله ولو حصلت عن غير إرادة منه ، مثال ذلك : لو أن شخصاً شاهد سكراناً ، وأخذ النقود التي يحملها بقصد حفظها من أن تسقط منه ، فحكمه حكم الغاصب قضاءً لا ديانةً ، ويصبح ضامناً لو تلفت[٦].

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٤٠ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٠ .

(٣) شبير ، القواعد الكلية ، ص١٢٥ .

(٤) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٧٧ .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص١٩ ،" فإن النية وحدها لا تكفي للحكم بل يجب أن يكون هنالك فعل ظاهر يشير إلى النية ، لأن النية التي لا تقترن بفعل لا تفيد حكماً كالطلاق ، والبيع ، والوقف ، والهبة ، فلو نوى رجل أن يطلق زوجته ، أو أن يوقف ماله فلا تكون زوجته طالقاً، ولا ماله موقوفاً لمجرد النية ما لم يلفظ كلمة الطلاق والوقف " ، المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية ، ج١ ، ص٢٧ .

(٦) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٠ .

موقف القضاء الشرعي من القاعدة :

نص القضاء الشرعي الأردني على أن :" الأمور بمقاصدها" [١] ، أي لا بد في كل عمل تقوم به المحاكم الشرعية ، أن يحقق الغاية المرجوة منه ، ومن مظاهر العمل بهذه القاعدة في القضاء الشرعي الأردني ما يلي :

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- " فقد رفض كل دعوى إذا لم يكن بين الطرفين خصومة في الواقع ، بل قصدا بالتقاضي الاحتيال على حكمٍ بما يدعيه أحدهما" [٢] ،وذلك لأن الأمور بمقاصدها .

٢- قد جعل لكثير من إجراءاته غايات ومقاصد فإذا تحققت الغاية من هذا الإجراء صح [٣] وإلا فلا [٤] ، ومن الأمثلة على ذلك : التبليغ فإن الهدف منه إعلام المدعى عليه بالدعوى

---

(١) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٤١٠٤٨)، تاريخ ١٩٩٦/٨/١٥م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ،ج١، ص٢٠٣، "كما أن العبرة بواقع الدعوى لا لتسميتها" محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ،قرار رقم (٥٧١٨١) ،تاريخ ٢٠٠٣/٢/١٦م ، فمثلاً :"إذا ورد في نموذج عقد البيع (لقاء بدل وقدره مجانا)، وسجل العقار لدى دائرة التسجيل باسم المتصدق إليه،فإنه يحمل على محمل الهبة ؛ لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، كما جاء في المادة الثالثة من المجلة" ، محكمة الاستئناف الشرعية،عمان ، قرار رقم (٤٠٧٧٤) ،تاريخ ١٩٩٦/٦/٢٤م، داود ،القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢، ص١٣٨، هذا وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على"أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢١، و على هذا نص القانون المدني الأردني ، المادة (٢١٤ / فقرة ١).

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية، المادة (٤٤) .

(٣) فمثلاً العلم بالحكم الغيابي يقوم مقام تبليغه ، فقد استقر عمل محكمة الاستئناف الشرعية : " على قيام علم المحكوم عليه بالحكم مقام التبليغ ؛ لأن المقصود من معاملة تبليغ الحكم إلى المحكوم عليه إعلامه وإعطاؤه فرصة للطعن فيه بالوجه القانوني " ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٧٩٢٩، ٢٣٧٩) ،داود ،القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية، ج١ ،ص.١٩٣

(٤) فمن المقرر مثلاً : أن من الأصول والمعقول أن يكون هناك متسع بين التبليغ والجلسة لمن كان مجهول محل الإقامة ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٤١٠٤٨) ، تاريخ ١٩٩/٨/١٥م، حيث جاء فيه : " تبين أن المدعى عليه مجهول محل الإقامة ، وبلغ الحضور لجلسة ١٩٩٦/٥/٢٧م، بالنشر في الجريدة ، يوم ١٩٩٦/٥/٢٦م ، أي قبل الجلسة بيوم واحد ، وبلغ جلسة الحضور لحلف اليمين المعينة ، يوم ١٩٩٦/٥/٣٠م ، بالنشر بتاريخ ١٩٩٦/٥/٢٨م ، أي قبل الجلسة بيومين ، ومن الأصول والمعقول أن يكون هناك متسع من الوقت بين التبليغ والجلسة لمن كان مجهول محل الإقامة ، حتى =

والإجراء الذي سوف يتم اتخاذه بحقه ، وبالتالي يكون على بصيرة من أمره ليستطيع أن يدافع عن نفسه ، وعليه فإذا تم التبليغ بصورة لم ينص عليها القانون لم يحقق الغاية منه ، وعليه يكون التبليغ باطلاً [1] ، كما أنه لا يحق للمدعى عليه أن يدفع ببطلان التبليغ ، إذا حضر الجلسة ، وليس للمحكمة أن تبحث الموضوع ؛ لأن المقصود من التبليغ إعلام المدعى عليه بموعد الدعوى ، وبما أنه حضر، فتكون الغاية من التبليغ قد تحققت والأمور بمقاصدها .

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية : فقد عوّل في كثير من أحكامه على قصد الشخص وخاصة في مسائل الطلاق ، والظهار ، إذا وقعا بلفظ غير صريح ، فإن المعتبر في تحديد المقصود بهذه الألفاظ هو نية من تلفظ بهما ، حيث نصت المادة (٩٥) :" يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة وما اشتهر استعماله فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية ، ويقع بالألفاظ الكنائية وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية " ، فلو قال مثلاً لزوجته : أنت محرمة عليَّ مثل أختي ، هذا اللفظ من الكنايات إن نوى به طلاقاً وقع طلاقاً ، وإن نوى ظهاراً وقع ظهاراً [2] .

= يتمكن من الإطلاع على التبليغ ، أو يصله الخبر ، فيستطيع الحضور إلى المحكمة يوم الجلسة ، خاصة إذا كان خارج المملكة ، وهو ما لم يتحقق من هذه التبليغات ولم يحصل القصد القضائي منها ، والأمور بمقاصدها ، كما هو نص القاعدة الشرعية الفقهية ، لذلك ولعدم حصول الغاية من هذه التبليغات فتكون غير صحيحة ، وحيث أن التبليغ الصحيح هو أساس المحاكمة الغيابية ، فتكون سائر الإجراءات في الدعوى غير صحيحة ، والحكم المذكور غير صحيح ومخالفاً للأصول فتقرر فسخه ، وإعادة القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب " داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٢٠٣ .

[1] قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المواد المتعلقة بالتبليغ (١٨-٣٠) ، فمثلا : لو تم تبليغ القاصر أو فاقد الأهلية لكونه مدعى عليه ، فإنه لا يصح؛ لأن المادة (٢٦) من القانون تنص : "على أنه إذا كان المدعى عليه قاصراً،أو شخصاً فاقداً الأهلية ، تبلغ الأوراق القضائية إلى وليه ، أو الوصي عليه" ، فتبليغ مثل هؤلاء لا يحقق الغاية منه ، ومن ذلك أيضا التبليغ يوم الجلسة لا يعتبر، حيث لا يتحقق المقصود منه ولا تتحقق به العدالة المتوخاة ، محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (١٣٢٦٩ ،٢٨٠٢٣) داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص١٩٩ .

[2] قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٩٥) ، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان، قرار رقم (٣٦٠٧٥) ، تاريخ ١٩٩٣/٨/١٠م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢، ص٨٥٠ ، وما بعدها .

القاعدة الثانية :

الأصل بقاء ما كان على ما كان [١]:

معنى القاعدة :

إن ما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاؤه في الزمن المستقبل [٢] ، ما لم يرد دليل شرعي يفيد تغير ذلك الحكم ، فما كان حلالاً يبقى حلالاً ، إلى أن يرد دليل الحرمة ، وما كان واجباً يبقى واجباً ، إلى أن يرد دليل ينقله من الوجوب إلى الندب وهكذا [٣] ، وإذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء ، وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه ، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة، فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك ، فيصار حينئذ إليه [٤] ، وهذا هو الاستصحاب [٥] .

والاستصحاب هو أخر مدار الفتوى ، فإن المفتي إذا سُئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب، والسنة ، والإجماع ،والقياس، فإن لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب الحال ، فإن كان التردد في زواله، فالأصل بقاؤه ، وإن كان التردد في ثبوته، فالأصل عدم ثبوته[٦] وهذه القاعدة

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٥٧ ، الحموي ،غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص١٩٨ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص١١٥ ، المنجور ، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، ص٥٥٣ ، باز ، شرح المجلة ، ص٢٣ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٨٢ ، وقد وردت القاعدة بصيغ مختلفة أهمها:" الأصل البناء على الظاهر واستصحاب الحال ما لم يعلم خلافه " ، " واستصحاب الحال معتبر في إبقاء ما كان على ما كان وهو غير معتبر في إثبات ما لم يكن " ، " ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم دليل على خلافه " ، وغيرها البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٢ ، ص١٠٣ .

(٢) الشوكاني ، محمد بن علي ، (ت١٢٥٠هـ/ ١٨٦٩م) ، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، ط١ ، ١م (تحقيق: محمد سعيد البدري) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٢م ، ص٣٩٦ ، ابن بدران ، عبد القادر الدمشقي (ت١٣٤٦هـ/١٩٣٠م) ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ط٢ ، ١م ، (تحقيق : عبد الله التركي) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠١هـ ، ص٢٨٦ .

(٣) شبير ، القواعد الكلية ، ص١٤٥ .

(٤) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٨٧ .

(٥) الاستصحاب : من المصاحبة ، وهو إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير ، وهو الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني بناءً على الزمان الأول ، الجرجاني ، التعريفات ، ص٣٤ .

(٦) الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج١ ، ص٣٩٦ ، الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج٢ ، ص٧٣٥ .

من القواعد المتفرعة على قاعدة " اليقين لا يزال بالشك "[١] ، والاستصحاب يقسم إلى قسمين [٢]

الأول : استصحاب الماضي بالحال : وهو الحكم على شيء ، ببقائه على الحال الذي كان عليه في الزمن السابق ، ما لم يقم دليل على خلافه .

الثاني : استصحاب الحال بالماضي : وهو اعتبار حالة الشيء في الزمن الحاضر ، أنها حالة ذلك الشيء في الماضي ، ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل ،وهو ما يسمى الاستصحاب المقلوب [٣].

والاستصحاب دليل من أدلة الشرع ، وفي ذلك يقول الرازي ـ رحمه الله ـ : " وأعلم أن القول باستصحاب الحال أمر لا بد منه في الدين ، والشرع ، والعرف ،ولو تأملنا لقطعنا بأن أكثر مصالح العالم ، ومعاملات الخلق مبني على القول بالاستصحاب " [٤] ، ومع ذلك ، إلا أن علماء الأصول قد اختلفوا في حجيته عند عدم الدليل ، هل يمكن الاعتماد عليه كدليل شرعي مستقل ؟ أم لا ؟ [٥] .

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٥٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١١٥ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٣ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٨٩ .

(٣) السبكي ،علي بن عبد الكافي ، (ت٧٥٦هـ/١٣٥٣م) ، الإبهاج، ط١، ٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٠٤هـ ، ج٣ ، ص١٧٠ .

(٤) انظر: تفسير كلام الرازي لكون الاستصحاب أمر لابد منه في الدين ،والشرع ، والعرف، الرازي ، محمد بن عمر ، (ت٦٠٦هـ / ١٢٠٩ م) ، المحصول في علم الأصول ، ط١ ، ٦م ،(تحقيق: طه العلواني) جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض ، ١٤٠٠هـ ، ج٦ ، ص١٦٣ .

(٥) اختلف علماء الأصول في حجية الاستصحاب على ستة أقوال ، **الأول** : إنه حجة في النفي والإثبات ، وبه قال جمهور الفقهاء ، **الثاني** : أنه ليس بحجة ، وبه قال أكثر الحنفية والمتكلمين ، **الثالث** : أنه حجة للدفع لا للرفع ، وبه قال متاخرو الحنفية... ، انظر هذه الأقوال: الشوكاني ، إرشاد الفحول ،ص٣٩٧،ولكن لا بد من تحرير موضوع الخلاف ،فإن أكثر الناس يشتبه عليه موضع النزاع،فنقول للاستصحاب صور،**الأولى** : استصحاب ما دل العقل والشرع على ثبوته ودوامه ، كدوام الحل في المنكوحة بعد تقرير النكاح فهذا لا خلاف في وجوب العمل به إلى أن يثبت معارض ، **الثانية** : استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية، كبراءة الذمة من التكليف،حتى يدل دليل شرعي على تغيره كنفي صلاة سادسة، وهذا حجة بالإجماع لأنه لا حكم إلا من قبل الشرع ، **الثالثة** : استصحاب الحكم العقلي عند المعتزلة فعندهم أن العقل يحكم في بعض الأشياء إلى أن يرد الدليل السمعي ،وهذا لا خلاف بين أهل السنة في أنه لا يجوز العمل به ، لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات ، **الرابعة** : استصحاب الدليل مع احتمال المعارض ، إما تخصيصاً إن كان الدليل ظاهراً ،أو نسخاً إن كان الدليل نصاً، فهذا أمر معمول به إجماعاً ، **الخامسة** : الحكم الثابت بالإجماع في محل النزاع ،ثم يتغير صفة المجمع عليه فيختلفون فيه فيستدل من لم يغير الحكم باستصحاب الحال ، **مثاله** : إذا استدل من يقول أن المتيمم إذا رأى الماء أثناء صلاته لا تبطل صلاته =

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بقول النبي ﷺ : " إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكل عليه ، أخرج منه شيء أم لا ؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحاً "[١] .

وجه الدلالة : الحديث صريح في أن من تيقن الطهارة ، ثم شك في الحدث ، فله : أن يصلي ؛ لأن الأصل الطهارة ، والأصل بقاء ما كان على ما كان ما لم يأت دليل يغيره ، فإذا سمع صوتاً ، أو وجد ريحاً تغير ذلك الأصل ، فلا يصلي لتغير الحالة السابقة .

من الأمثلة على هذه القاعدة [٢] :

١- إذا ادعت امرأة أن زوجها طلقها ، فأنكر الزوج طلاقها ، ولم يكن لها بينة تدل على صحة قولها ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء النكاح [٣] .

٢- لو ادعى رجل أنه وارث لمفقود ، وهو الغائب غيبة منقطعة ، أي انقطع خبره فإنه يعتبر حياً ، إلى أن يثبت موته حقيقة بالبينة ، أو حكماً بأن يقضي القاضي بموته بعد موت جميع أقرانه، وإلا يحكم أنه حي ،بحكم الأصل ، فلا يقسم قبل ذلك ماله بين ورثته ، ولا تبين منه امرأته ،وهذا باتفاق الفقهاء ؛ لأن الاستصحاب حجة في الدفع عند الجميع [٤] ، ولكن لو مات من يرثه المفقود في حال الفقدان ، فهل نستصحب حياته السابقة ويعتبر وارثاً ؟ فعند الحنفية لا يرث، لأن الاستصحاب عندهم حجة في النفي لا في الإثبات [٥]، بينما يعتبر الاستصحاب حجة في النفي والإثبات عند غيرهم [٦] ، فيرث المفقود هنا ؛ لأن الأصل بقاء حياته ٠

= لأن الإجماع منعقد على صحتها قبل ذلك ، فاستصحب إلى أن يدل دليل على أن رؤية الماء مبطلة ، وهذا النوع هو محل الخلاف : فجمهور الفقهاء على أنه لا يجوز الاستدلال به بمجرد الاستصحاب ، وذهب أكثر الشافعية وأهل الظاهر إلى الاحتجاج به ، **والقول الثاني** : هو الراجح لأن المتمسك بالاستصحاب باق على الأصل فلا يجب عليه الانتقال عنه إلا بدليل يصلح لذلك ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص٣٩٠ ٠

(١) مسلم، صحيح مسلم ، كتاب الحيض ، باب الدليل على من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته ، ج١ ، ص٢٧٦ .

(٢) انظر مزيد من الأمثلة : ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٥٨، السيوطي، الأشباه والنظائر ،ج١، ص١١٦.

(٣) ولا يقال أن هذا يتعارض مع قاعدة:" الأصل في الأبضاع التحريم " فإن هذه القاعدة تجري قبل النكاح لا بعده، فإذا ما وقع النكاح كان هو الأصل وكان الطلاق طارئاً ، فإن ثبت بالإقرار أو بالبينة زال النكاح ، إسماعيل ، محمد بكر(١٩٩٧م) ، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ، ط١ ، ١م ، دار المنار ، ص٥٨.

(٤) المبسوط ، السرخسي ، ج١١ ، ص٤٤ ، ابن ضويان ، منار السبيل ، ج٢ ، ص٨٠ ، ابن قدامة ، المغني ج٢ ، ص٨٥٥ .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص ٢٧ .

(٦) المغني ، ابن قدامة ، ج٢ ، ص٨٥٥ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٢ ، ص١٠٥ .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

من المسائل التي استثناها الفقهاء من القاعدة [١] :

١- إن الأمين يصدق بيمينه في براءة ذمته ، فلو ادعى المودع أنه أعاد الوديعة ، أو أنها تلفت في يده ، بلا تعد ، ولا تقصير ، يقبل ادعاؤه مع يمينه ، مع أنه كان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب أن يعد الأمين مكلفاً بإعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها ؛ لأن الحال الماضي هو وجود الأمانة عند المودع ، والسبب في ذلك أن الأمين يدعي هنا براءة الذمة من الضمان ، وأما المودع فهو يدعي شغل ذمة الأمين ، وذلك خلاف الأصل [٢] .

٢- ما لو ادعت المرأة مضيَّ عدتها ، في مدة تحتمل صُدقت بيمينها ، مع أن الأصل بقاء العدة بعد وجودها ، وذلك لأن مضي العدة من الأمور التي لا تُعلم إلا منها ، فإذا لم يقبل قولها في مضيها ، لا يمكن ثبوت مضيها أصلاً ، فقُبل قولها في ذلك ضرورة [٣] .

---

(١) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٩٣ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ج٢ ، ص١٠٥ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص١٤٦ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٤ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٩٣ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يأخذ بهذه القاعدة فقال : " الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه "[1] ، أي أن القضاء الشرعي الأردني يرى أن ما ثبت في الزمن الماضي ، فالأصل بقاؤه في الزمن المستقبل ، ما لم يرد دليل شرعي يفيد تغير ذلك الحكم ، ومن أهم التطبيقات المبنية على هذه القاعدة ما يلي :

أولاً: الطلاق : فقد كلف القضاء الشرعي الأردني ،من يدعي الطلاق أن عليه البينة ،بينما جعل القول قول من ينكر بيمينه ؛ لأن الأصل بقاء النكاح فيستصحب هذا الأصل حتى يأتي الدليل على خلافه [2] ، ومن ذلك على سبيل المثال : ما صدر عن محكمة الاستئناف الشرعية ما نصه: " إذا عجزت المدعية عن إثبات دعواها الطلاق ... ، فعلى المحكمة تحليف الزوج على نفي الطلاق الذي عجزت المدعية عن إثباته [3] ،وما هذا إلا لأن الأصل بقاء النكاح .

ثانياً : حكم المفقود : فقد احتاط القضاء الشرعي الأردني في عدم التسرع بموت المفقود إذ أن الأصل بقاء حياته ، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك ، ولذا قد جعل للمفقود حالتين :

الأولى : أن يكون المفقود في جهة معلومة وهنا يفرق بين أمرين :

١- في الظروف العادية ، وغلب على ظن القاضي موته، يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده [4] .

٢- في الظروف غير العادية : كأن يكون فقده أثر كارثة كزلزال ، أو غارة جوية ، أو في حالة اضطراب الأمن ، وحدوث الفوضى ، وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقده لأن الأصل في مثل هذه الظروف موته .

([1]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٤١١٥) ، تاريخ ١٩٩٢/٣/٢٤ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٣٤٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ص٢٣ ، المادة (٥) ، القانون المدني الأردني ، المادة (٧٥) .

([2]) قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص٢٠٣ ، ٢١٦ ، وغيرها .

([3]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٠١٤٣) ، تاريخ ١٩٥٩/١/٧م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص٧٦٦ ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (١٠٨٩٩) ، تاريخ ١٩٦٠/٦/١ م ، المرجع السابق ،ج٢ ، ص٧٧٠ .

([4]) محكمة الاستئناف الشرعية ، قرار رقم (٢٢٣٤٠) ،تاريخ ١٩٨١/٨/٢٠م ، المرجع السابق ج٢ ، ص٩٢٥.

هذا وقد أوجب قانون الأحوال الشخصية الأردني ، على القاضي في كل الأحوال ، أنه لا بد من التحري عن المفقود بكل الوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة مـا إذا كان حياً أو ميتاً [١] .

ثالثاً: العدة : فقد نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (١٣٥) علـى أن : الزوجة إذا ادعت إنهـاء الـعـدة قـبـل مـرور ثـلاثـة أشهر على انقضاء عـدتـهـا فـلا يقبل منها ذلك [٢] ؛ لأن الأصل بقاء العدة قبل هذه المدة .

رابعاً: محكمة الاستئناف الشرعية : فقد نصت صراحة على ذلك : حيث جاء في قراراتها على سبيل المثال : "لا حاجة لإثبات أن البنت عند أمها بعد إقرارها بوجودها عندها ، ثم ادعائها أنها عند شقيقها ؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه [٣] .

---

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (١٧٧) هذا وقد نصت المادة (١٧٨) مـن القانون نفسه أن:" على الزوجة أن تعتد اعتباراً من تاريخ الحكم عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم"، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقـم (٢٢٣٠٨) ،تاريخ ١٩٨١/٨/١٠م،داود القـرارات الاستئنافية فـي الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص٩٢٥ ، هذا وقد اعتبرت محكمة الاستئناف الشرعية ، عمـان،"أن عـدم قيام المحكمة الابتدائية بعدم التحري عن مفقود عرضة لفسخ الحكم "، قرار رقم (١٦٨٦٢)، تاريخ ١٩٧١/١٢/٦م المرجع السابق ج٢ ، ص٩٢٤ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المـادة (١٣٥) ، بينما ذهب السرطاوي إلـى القول بأن هـذه المادة مخالفة للفقه والحقيقة ، فالقاعدة الفقهية أن القول قول المرأة بيمينها على انتهاء عدتها ، وهي مصدقة بذلك ؛ لأن انتهاء العدة لا يعلم إلا من جهتها فهي تأخذ حكم الأمانة ، والقول قول الأمين في هلاك الأمانة ، ولـو أن القانـون نص علـى منع المرأة مـن الزواج بغير مطلقها قبل ثلاثة أشهر لكان هـذا مقبولاً ، حتى لا تضطر المرأة إلى الكذب مـن أجـل ا لزواج ، وهذا مـن باب السياسة الشرعية ، السرطـاوي ، شـرح قانـون الأحـوال الشخصية الأردني ، ص٥٣٣ ، مـحكمـة الاستئناف الشرعية ،عمـان، قـرار رقـم (٣٤٧٢٤) تاريخ ١٩٩٢/٨/٢٥ م، داود ، القرارات الاستئنافية فـي الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص ٨٩٥، " بينما لـو قـالت : مضت عدتي والمدة تحتمله وكذبها الزوج قُبل قولها مـع حلفها، وإلا لا ؛ لأن الأمين إنـما يصدق فيمـا لا يخـالفه الظاهر " ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمـان ، قرار رقم (٢٢١٤٣) ، تاريخ ١٩٨١/٥/١٩ م، المرجع السابق ج٢ ، ص٨٩٤ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمـان ، قـرار رقـم ، (٩٩١٠) ، تاريخ ١٩٥٨/٦/١١م، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٥٠٠ .

القاعدة الثالثة :

الأصل في الأمور [١] العارضة العدم [٢] :

معنى القاعدة :

إن الصفات والأحوال الطارئة على الشيء ، يحكم بعدم وجودها ، إلى أن يثبت دليل الوجود[٣] ، وعليه فإن الصفات تقسم إلى قسمين :

الأول : صفات أصلية وهي الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده ، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالباً ، والأصل فيها الوجود كسلامة المبيع من العيوب ، والصحة في العقود بعد انعقادها ، ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة ، التي ثبت وجودها في وقت ما، فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها [٤] .

الثاني : الصفات العارضة : وهي الصفات التي لم توجد مع الموصوف ، ولم تتصف بها ذاته ابتداءً [٥] ، كالعيب في المبيع مثلاً ، والأصل في مثل هذه الصفات العدم .

وعليه ، فإذا حصل نزاع في صفة ولا دليل ، ولا حجة مع مدعيها ، فيكون القول قول من يتمسك بالصفة الأصلية مع يمينه ؛ لأنه متمسك بأصل ظاهر ، وتكون البينة على من يتمسك بالصفة العارضة ؛ لأنه متمسك بخلاف الأصل [٦] .

وهذه القاعدة تتفرع عن قاعدة " اليقين لا يزول بالشك " ، لأن العدم في الأمور العارضة متيقن ووجودها مشكوك فيه [٧] .

([١]) نص هذه القاعدة في المجلة " الأصل في الصفات العارضة العدم " ، والفقهاء كثيراً ما يعبرون في تعليلاتهم بلفظ الأمور بدلاً من الصفات،وهذا هو المراد بالقاعدة، فإن القاعدة لا يقتصر شمولها على الصفات كالجنون والمرض مثلاً، بل تشمل الأمور المستقلة مثل: العقود ، والإتلافات ، الزرقا، المدخل الفقهي، ج٢،ص٩٨٣.

([٢]) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر، ص٦٢ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٢١٢ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٢٧ ، وقد وردت هذه القاعدة عندهم بلفظ "الأصل العدم " ، ابن عابدين حاشية رد المحتار، ج٢ ، ص٤٠٧ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٢٦ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص١٥٥ .

([٣]) شبير ، القواعد الكلية ، ص١٤٨ .

([٤]) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١١٧ .

([٥]) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ، ص٢٦ .

([٦]) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٢ ، ص١١٠ .

([٧]) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٦٢ .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بقول النبي ﷺ : " إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شئ أم لا ؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً [١] .

وجه الدلالة :إن الأصل فيمن يدخل المسجد الطهارة ، وأن عدمها هي صفة طارئة ، والأصل في الصفات العارضة العدم ، وعليه فلا يخرج من المسجد حتى يدل دليل على وجود تلك الصفة العارضة ، وذلك بسماع صوت ، أو بوجود ريح .

من الأمثلة على القاعدة [٢]:

١- لو ادعى المشتري وجود عيب في السلعة المشتراة ، وأنكر ذلك البائع فالقول قول البائع بيمينه ؛ لأنه متمسك بالصفة الأصلية ، وهي سلامة المبيع من العيوب ، وعلى مدعي العيب البينة [٣] ؛ لأن العيب صفة عارضة ، والأصل في الصفات العارضة العدم .

٢- إذا اختلف المضارب ، ورب المال في وجود الربح ، فالقول للمضارب ، وعلى صاحب المال البينة ؛ لأن الربح صفة عارضة ، والأصل عدمه [٤] .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

ذكر الفقهاء عدة استثناءات على القاعدة أهمها :

١- لو ادعى الزوج بعد موت زوجته ، أنه تصرف بمالها بإذنها ، وأنكر الورثة ذلك ، بل قالوا تصرفت بلا إذن فأنت ضامن ، فالقول للزوج بيمينه ، مع أن الإذن من الصفات العارضة ، والأصل فيها العدم [٥].

٢- لو أراد الواهب الرجوع عن الهبة ، وادعى الموهوب تلف الهبة ، فالقول له بلا يمين، مع أن القول بتلف الهبة صفة عارضة ، فكان الواجب بمقتضى القاعدة أن يكون الموهوب مكلفاً بإثبات ذلك [٦] ، ولكن عدل عن هذا الأصل ؛ لأن الموهوب له يدعي تلف ماله ، والهبة بعد

---

(١) سبق تخريجه ، انظر: ص ١٤٥ من هذه الأطروحة .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٦٢ ، الحموي ، غمز عيون البصائر، ج١ ، ص٢١٣ ، السيوطي الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٢٧ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٦ ، الباز ، شرح المجلة ، ص٢٣ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١١٨ ، الزرقا ، المدخل الفقهي ، ج٢ ، ص٩٨٣ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص١٣١ .

(٣) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٢ ، ص١١٠ .

(٤) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٢١٣ .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٧ ، الباز ، شرح المجلة ، ص٢٣ .

(٦) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص١٣٤ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٧ .

قبضها دخلت في ملك الموهوب له ، والمرء مصدق فيما يخص ملكه الذي لا علاقة لأحد به [١].

٣- لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار ، بعد أن فرضها القاضي لهم ، فادعى الأب أنه أنفق عليهم ، فالقول قوله مع اليمين ، مع أن الأصل عدم الإنفاق ، وهو أمر طارئ ، ولكنه يستثنى من القاعدة لأن العادة أن ينفق الأب على أولاده [٢] .

٤- لو اختلفا في هبة المهر فقالت الزوجة : وهبته لك بشرط أن تطلقني ، وقال الزوج بغير شرط ، فالقول قولها [٣] ، مع أن الشرط من العوارض والأصل عدمه .

٥- لو طلب المسروق منه رد العين المسروقة ، وادعى السارق استهلاك العين ، فالقول للسارق مع يمينه ، وعلى المسروق منه البينة ، مع أن الاستهلاك حالة عارضة ، إلا أن قول السارق قبل ؛ لأنه يدعي إجراءً صادراً منه بالفعل ، والأصل أن المرء يصدق فيما يدعي أنه قد أجراه بنفسه[٤].

---

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص١٤٩ .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٦٢ .

(٣) الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص١٣٤ .

(٤) النووي ، روضة الطالبين ، ج٥ ، ص٢٨ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٢٨٧.

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يأخذ بهذه القاعدة ، فقد جاء في كثير من القرارات الاستئنافية ، أن الأصل في الصفات العاضة العدم[١]،ومن التطبيقات القضائية المبنية على هذه القاعدة ما يلي:

أولاً: جعل البينة بينة الزوجة في إثبات الخلوة أو الدخول : ولذا كان اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في ذلك " بأن القول قول الزوج في عدم الدخول ، أو الخلوة ، لأن الأصل في الصفات العارضة العدم المادة (٩) من المجلة "[٢] ، فالدخول أو الخلوة عارضة والأصل عدمهما .

ثانياً: بينة الصحو مقدمة على بينة الدهش في الطلاق : ومن ذلك ما جاء في اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية : " أنه إذا ادعت المدعية صحو المدعى عليه حال الطلاق ، وادعى الدهش تكلف المدعية إثبات صحوه ، فإذا عجزت يكلف إثبات دهشه ،فإذا عجز يحلف يمين على عدم صحة ادعائها صحوه فيه ، وعلى وقوعه منه وهو مدهوش "[٣] ، وإنما قدمت بينة الدهش لأن الأصل في الإنسان السلامة ، والدهش وأمثاله طارئ عليه [٤] .

ثالثاً: بينة الصحة مقدمة على بينة المرض[٥] ؛ لأن الأصل في الإنسان الصحة ، والمرض أمر طارئ .

رابعاً: بينة اليسار مقدمة على بينة الإعسار [٦] ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٧٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " عند الاختلاف في اليسار، و الإعسار ترجح بينة اليسار ، إلا في حالة ادعاء الإعسار الطارئ فترجح بينة مدعيه ".

---

(١) عمرو ، القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية ، ص٩٣ ، قرار رقم ، (١١٠٨١)، هذا وقد نصت المادة (٩) من المجلة على:" أن الأصل في الصفات العارضة العدم"، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ص٢٦ ،كما نصت المادة (٧٥) من القانون المدني الأردني،على أن:" الأصل في الأمور العارضة العدم".

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم ،(١١٠٨١) ، تاريخ ١٩٦٠/٩/٢٦ م ، داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص٧٧١ .

(٣) المدهوش : هو الذي فقد تمييزه من غضب، أو وله وغيرهما ، فلا يدري ما يقول قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (٨٨/فقرة ب) ، محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (٣٧٨١٢)، تاريخ ١٩٩٤/٩/١٧ م، المرجع السابق ،ج٢ ، ص٨٥٨ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية،عمان، قرار رقم (٣٨٢٦٨)، تاريخ ١٩٩٤/٥/٣١ م ، المرجع السابق .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية،عمان، قرار رقم(٤٠٧٧٤)تاريخ١٩٩٦/٦/٢٤م،المرجع السابق،ج٢،ص١٣٩.

(٦) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٨٩١٢) ، بينما تقدم بينة الإعسار الطارئ بعد أن يوضحه زمانا وسبباً، قرار رقم ،(٢٢٣٩٧) ، عمرو ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ص٣٥١.

القاعدة الرابعة:

الأصل إضافة الحادث [١] إلى أقرب أوقاته [٢] :

معنى القاعدة :

أنه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث شيء ، فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال ، ولا يعدل عن هذه النسبة إلا بدليل ، وذلك لأن الخصمين اتفقا على حدوث الشيء وادعى أحدهما حدوثه في وقت ، والأخر ادعى حدوثه في وقت أخر قبل ذلك الوقت ، وعليه فإنهما قد اتفقا على أنه كان موجوداً في الوقت الأقرب ، وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجوداً قبل ذلك، مما يورث شكاً في صحة كلامه ، فيعمل بالوقت الأقرب لأنه يقين ، ويترك الوقت الأبعد لأنه شك[٣] .

وهذه القاعدة هي فرع عن القاعدة الفقهية " اليقين لا يزول بالشك " ، ومن هنا فإنه يمكن أن يستدل على هذه القاعدة بما يلي :

١- قوله تعالى : ﴿ وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلاَّ ظَناً إِنَّ الظَّنَّ لاَ يُغْنِي مِنَ الحَقِّ شَيْئاً ﴾ [٤] .

وجه الدلالة : أن الظن لا يقوى على معارضة الحق الثابت ، فحدوث الأمر في الزمن الأبعد مشكوك فيه ، فلا يقوى على إزالة الحق الثابت بحصول الأمر في الزمن الأقرب .

٢- قوله ﷺ : " إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم ..." [٥] .

---

(١) الحادث لغة : مصدر حدث حدوثاً تجدد وجوده ، الفيومي ، المصباح المنير ، ص١٧٠ .
اصطلاحاً :الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد ، ، قلعه جي ، معجم لغة الفقهاء ، ص١٧٢ .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٦٤ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٢١٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٣٠ ، وهناك صيغ أخرى للقاعدة منها : " الحادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات " ، " الحوادث يحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات ، والأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن" وغيرها، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٥ ، ص٧١ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٢٥ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص١٥٥ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص١٣٩ .

(٤) سورة يونس ، آية (٣٦).

(٥) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب السهو في الصلاة والسجود له ، ج١، ص٤٠٠.

وجه الدلالة : فهذا الحديث يدل صراحة على طرح الشك والبناء على اليقين [١] .
٣- وقد نقل القرافي الإجماع على ذلك فقال : "فهذه قاعدة مجمع عليها وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه" [٢] .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي[٣] :

١- لو طلق رجل زوجته طلاقاً بائنا، ثم مات قبل أن تنقضي عدتها ، فادعت الزوجة أنه أبانها وهو في مرضه، فصار بذلك فاراً فترث منه ، وقال الورثة: أنه أبانها وهو في صحته فلم يكن فاراً فلا ترث ، فإن القول في ذلك قول الزوجة ، والبينة على الورثة لأن الزوجة تضيف الحادث وهو الطلاق ، إلى أقرب الأوقات من الحال وهو زمن المرض [٤] .

٢- لو مات رجل مسلم وله امرأة نصرانية ، فجاءت امرأته بعد موته مسلمة وقالت :أسلمت قبل موته فأنا وارثة منه ، وقال الورثة : إنك أسلمت بعد موته فلا ترثين منه لاختلاف دينكما عند موته ، فالقول للورثة والبينة على الزوجة [٥] .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

هذا وإن لهذه القاعدة مستثنيات كثيرة لأنها مقيدة في نظر الفقهاء بأن الحادث إنما يضاف إلى أقرب أوقاته ما لم تؤد هذه الإضافة إلى نقض أمر ثابت [٦] ، ومن ذلك ما يلي :

١- إذا ادعت زوجة نصراني أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها وأن لها الحق في أن ترثه لكونها حين وفاته كانت على دينه ، وادعى الورثة أنها أسلمت قبل موت المورث ، فالقول للورثة[٧] ، مع أنه حسب القاعدة يجب أن يكون القول للزوجة ؛ لأن اعتناقها الدين الإسلامي أمر حادث والزوجة تدعي حدوثه في الوقت الأقرب ، وعلى الورثة أن يثبتوا خلاف الأصل ، والسبب في عدم جريان هذه القاعدة في مثل هذه الدعوى هو العمل بقاعدة الاستصحاب في

---

(١) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج٣ ، ص٩٥ .
(٢) القرافي ، الفروق ، ج١ ، ص٢٠١ .
(٣) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٢١٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٣٠ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٨، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٨٤ .
(٤) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٢٦ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص١٤٠ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص١٥٥ .
(٥) المراجع السابقة .
(٦) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٨٥ .
(٧) منلا خسرو، محمد بن فراموز ، (ت٨٨٥ هـ/١٤٨٠م) درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ٢م ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت ، ج٢ ، ص٤١٧ .

هذه المسألة ، وإن اختلاف الدين أي سبب الحرمان من الإرث هو موجود بالحال ، وبالاستصحاب المقلوب [١] ، تعتبر في الزمن السابق مسلمة أيضاً [٢] .

٢- ومنها : لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بخيار الرؤية فقال البائع له : إنك رضيت بالمبيع بعدما رأيته فسقط خيارك ، وقال المشتري : رضيت به قبل أن أراه فلم يسقط خياري ، فالقول للمشتري [٣] ، وليس للبائع مع أنه بحسب هذه القاعدة يكون للبائع إلا أنه عدل عن ذلك لقاعدة أخرى ، وهي : " الأصل في الأمور العارضة العدم " ، فالرؤية أمر عارض والأصل عدمه ، فالأصل مع المشتري ، ولا تثبت الرؤية إلا بيقين أو بينة [٤] .

ويظهر من هذه الفروع وغيرها [٥] أن قاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إذا تعارضت مع قاعدة "الأصل براءة الذمة" ، أو "الأصل بقاء ما كان على ما كان" ، أو "قاعدة الاستصحاب " ، فإنه يعدل عن العمل بهذه القاعدة ويعمل بهذه القواعد لأنهن أقوى منها [٦] .

---

(١) سبق أن أشرت إلى معنى الاستصحاب المقلوب ، انظر ص ١٤٤من هذه الأطروحة .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٩ ، ولا يرد على هذا ما تقدم ذكره في المثال الأول للقاعدة من أن امرأة الميت ادعت أنه أبانها في مرض موته... ، فإن بينهما فرقاً ،وذلك أن امرأة الذمي اعترفت باختلاف الدينين ، واختلاف الدينين مانع من الإرث، ولا يجتمع معه في حال بيقين ، فتمسكها بالظاهر ، وهوإضافة إلى ما بعد الموت يلزم منه نقض ذلك اليقين الثابت، وأما مسألة المباينة فعلى العكس، لأن إرثها بسبب الزوجية ثابت بيقين والبينونة لا تجانب الإرث في جميع الأحوال بل تجتمع معه في حال دون حال ، فإن إبانة الزوج زوجته في مرض موته لا يمنع الزوجة من الإرث ، وهي إنما اعترفت بوجود البينونة التي لا تمنع من الإرث لحصولها في المرض، وأما احتمال كون البينونة صدرت من الزوج في زمن الصحة الأبعد فليس إلا مجرد شك ، وإرثها بالزوجية ثابت بيقين فلا يزول بهذا الشك ، بل يبقى إلى أن يقوم دليل أقوى على خلافه ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٣٠ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) شبير ، القواعد الكلية ، ص١٥٧.

(٥) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٢٨ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص١٤٣ .

(٦) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٢٩ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لقد نص قانون أصول المحاكمات الشرعية على أن الهبة في مرض الموت [١] من وظيفة المحاكم الشرعية النظر فيها [٢] ، والهبة في مرض الموت هي أهم تطبيق في القضاء الشرعي الأردني على قاعدة "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته " وبيان ذلك على النحو التالي:

أولاً : لقد نصت المادة (١٧٦٦) من مجلة الأحكام العدلية على أنه :" ترجح بينة الصحة على بينة مرض الموت ، مثلاً إذا وهب أحد مالاً لأحد الورثة ،ثم مات وادعى وارث أخر أنه وهبه في مرض موته ،وادعى الموهوب له أنه وهبه في حالة صحته ترجح بينة الموهوب له "[٣] .

وجاء في شرح هذه المادة :أما إذا عجز الطرفان عن إقامة البينة ، فالقول لمن ادعى مرض الموت ، لأن الأصل أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته [٤] ، والمرض أقرب للموت من حالة الصحة ، فكان مدعيه متمسكا بالأصل ، فيصدق بيمينه ،أما مدعي الصحة ، فحيث كان مدعياً خلاف الأصل فلا يصدق إلا ببينة [٥] .

ثانياً :عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

فقد نصت صراحة على أن بينة الصحة مقدمة على بينة المرض عملاً بالمادة (١٧٦٦) من المجلة [٦] .

---

(١) مرض الموت :هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ، ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة ، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة ،أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، القانون المدني الأردني ، المادة (٥٤٣ / الفقرة ١) ، والمادة (١٥٩٥) من المجلة.

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٢/الفقرة١٣) .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٣٨ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١١) .

(٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤، ص ٥٣٨ ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٣٠٢ .

(٦) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٤٠٧٧٤) ، تاريخ ١٩٩٦/٦/٢٤ م، المرجع السابق ،ج٢، ص١٣٠٩ .

القاعدة الخامسة:

العادة [١] مُحَكَّمة [٢] [٣] :

معنى القاعدة :

إن العادة عامة كانت أو خاصة تُجعل حكماً لإثبات حكم شرعي ، لم ينص على خلافه بخصوصه [٤] ، فإليها يرجع تحديد المراد من بعض الألفاظ الشرعية [٥] ، وبناء الأحكام الشرعية للقضايا التي لم يرد فيها نص شرعي [٦] ، وتجديد بناء الأحكام الشرعية ، وتعديلها مما هو مبني أصلاً على العادات ، والأعراف [٧] .

([١]) العادة لغة : مأخوذة من العود فيقال: عاد عوداً وعادةً ،وسميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد مرة ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج٤ ، ص١٨١ .
وفي اصطلاح الفقهاء : العادة ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول العلائي ، المجموع المذهب ، ج١ ، ص١٣٧ .

([٢]) محكمة :المحكَّمة :في اللغة اسم مفعول من التحكم، وهو مأخوذ من الحكم ،وأصله المنع ،انظر: ص٣٦ من هذه الأطروحة ،ويقصد بها هنا أن العادة هي: المرجع للفصل عند التنازع ، البورنو ، محمد ، (١٩٩٦م) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي ، ط٤ ، ١م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ص٢٧٣ .

([٣]) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٩٣ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٢٩٥ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٥٠ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٩٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٤٤ ، المحاسني ، شرح المجلة ، ج١ ، ص٦١ ، الحصري ، القواعد ، ج١ ، ص٣٥٧ أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٢١٩ .

([٤]) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٢٩٥ ، باز ، شرح المجلة ، ص٣٤ .

([٥]) السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٥١ ، وفي ذلك يقول ابن تيمية:" كل اسم ليس له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع إلى العرف" ، ابن تيمية ، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ، (٧٢٨هـ / ١٤٢٣م) مجموعة الفتاوى ، ط٢ ٢٠م ، دار الوفاء ، المنصورة،٢٠٠١م ، ج٧ ، ص٤٠ ، ويقول ابن بدران : " وحاصله أي العرف أن كل فعل رتب عليه ولا مناط له في الشرع ولا في اللغة" ، ابن بدران ، المدخل ، ج١، ص٣٩٨ .

([٦]) ومن ذلك مثلا القراض (المضاربة) فقد جاء في نيل الأوطار ما نصه :"كل أبواب الفقه فلها أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض ، فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة ،ولكنه إجماع صحيح مجرد والذي يقطع به أنه كان في عصر النبي ﷺ فعلم به وأقره" ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٥ ، ص٣٦٥ .

([٧]) شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٤٤ ، انظر : تقسيمات العرف ، المرجع السابق .

هذه القاعدة هي إحدى القواعد الخمس الكبرى [١]، التي يبني عليها الفقه الإسلامي ، وقد تفرع عنها عدة قواعد فقهية ذكرها الفقهاء [٢] ، وتكمن أهمية هذه القاعدة في أنها تعد مظهراً من مظاهر التيسير على الناس ، ورفع الحرج عنهم ؛ لأنها تدعو إلى اعتبار ما ألفه الناس وتعودوا عليه واستقر في نفوسهم ، والله تبارك وتعالى يقول : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [٣].

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بما يلي [٤] :

أولاً : القران الكريم :

١- قوله تعالى : ﴿ خُذِ العَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الجَاهِلِينَ ﴾ [٥] .

وجه الدلالة: أنها تدل على اعتبار العرف ، وفي ذلك يقول ابن القيم ـ رحمه الله ـ: "قد أوجبت الشريعة الرجوع إليه (أي العرف) عند الاختلاف في الدعاوى" [٦] .

٢- قوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ مَا آتَاهَا﴾ [٧] .

وجه الدلالة : إن الإنفاق ليس له تقدير محدد ولكنه يترك للعرف والعادة .

ثانياً : السنة :

١- حديث عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال:

---

(١) هذا وقد وردت القاعدة بعدة صيغ أهمها:"العادة تجعل حكما إذا لم يوجد التصريح بخلافها" ، "والعادة تنزل منزلة اللفظ" ،"والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً "، وغيرها ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٦ ، ص٣٣٧ .

(٢) منها :" المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، "والحقيقة تترك بدلالة العادة" ،"والكتاب كالخطاب" ، "الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان " ، "والممتنع عادة كالممتنع حقيقة " ، شبير ، القواعد الكلية، ص٢٥٠ .

(٣) سورة الحج آية (٧٨) .

(٤) العبد اللطيف ،عبد الرحمن بن صالح (٢٠٠٣م) القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير ، ط١،٢م، الجامعة لإسلامية ، المدينة المنورة ، ج١ ، ص٣٠١ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٣٤.

(٥) سورة الأعراف ، آية (١٩٩).

(٦) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص٨٩ .

(٧) سورة الطلاق ، آية (٧).

خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "[١] .

وجه الدلالة : فهو يدل على اعتبار العرف في تحديد النفقة ، والمراد بالمعروف القدر الذي عرف بالعادة أنه كفاية [٢] .

٢- حديث حمنة بنت جحش [٣] رضي الله عنها ، التي كانت تستحاض فسألت النبي ﷺ عن صلاتها وصيامها وقد جاء فيه ، "... وكذلك فافعلي كما تحيض النساء ، وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن "[٤] .

وجه الدلالة: فهو واضح الدلالة على اعتبار العادة فيما لا تحديد فيه فقد أحالها رسول الله ﷺ في تحديد ذلك إلى عادة النساء [٥] .

ثالثاً : الآثار :

ما روي عن ابن مسعود ﷺ قال : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن [٦] .

وهذا الأثر اعتبره كثير من العلماء هو أصل للقاعدة السابقة "العادة محكمة "[٧] ،ومن العلماء من أعطاه حكم المرفوع ؛ لأنه لا مدخل للرأي فيه [٨] .

رابعاً : المعقول :

وفي ذلك يقول الشاطبي ـرحمه الله ـ : " العوائد الجارية ضرورة الاعتبار شرعاً، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية ، أي سواء كانت مقررة بالدليل شرعاً أمراً ، أو نهياً، أو إذناً أم لا ، أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر ، وأما غيرها فلا يستقيم

---

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب النفقات ، باب على الوارث مثل ذلك ، ج٥ ، ص٢٠٥٤ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الأقضية ، باب قضية هند ، ، ج٣ ، ص١٣٣٨ **.واللفظ لهما** .

(٢) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٧ ، ص١٢٣ .

(٣) هي حمنة بنت جحش الأسدية ـ رضي الله عنها ـ أخت زينب بنت جحش أم المؤمنين رضي الله عنها، وكانت حمنة زوجة عبد الرحمن بن عوف ، ولها هجرة رضي الله عنهم جميعاً ، الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج٢ ، ص٢١٥ .

(٤) البيهقي ، سنن البيهقي ، كتاب الطهارة ، باب المبتدئة لا تميز بين الدم ، ج١ ، ص٣٣٨، الحاكم ، مستدرك على الصحيحين ،وقال :**حديث صحيح** ، ج١ ، ص٢٧٩ ،أحمد ، مسند أحمد ، ج٦، ص٢٨٩، **واللفظ لهم.**

(٥) العبد اللطيف ، القواعد الفقهية ، ج١ ، ص٣٠٥ .

(٦) سبق تخريجه ، انظر: ص ١٢٥من هذه الأطروحة .

(٧) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٩٣ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٩٣ .

(٨) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٢١٩ .

إقـــامة التكليف إلا بذلك، فالعادة جرت بأن الزجر سبب الإنكفاف عن المخالفة ،كقوله تعالى : ﴿وَلَكُمْ فِي القِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ [١] ، فلو لم تعتبر العادة شرعاً لم ينحتم القصاص ، ولم يشرع إذ يكـــون شرعاً لغير فائدة ، وذلك مردود بقوله : ﴿ وَلَكُمْ فِي القِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ [٢] .

من خلال ما سبق يتضح أن المسلم مأمور باعتبار العادة والرجوع إليها ،ولكنها ليـــست دليلاً مستقلاً من أدلة الشريعة الإسلامية ، من قرآن ، أو سنة ، وإنما ترد إليهما لاعتبارهـــا ، وبناء الأحكام الشرعية عليها ، ولهذا قرر الفقهاء لاعتبارها عدة شروط وهي [٣]:

أولاً : أن لا تخالف العادة نصاً من كتاب ، أو سنة ، أو أصل قطعي في الشريعة الإسلامية [٤]، كأن يتعارف الناس على التعامل بالربا ، فهذا العرف باطل [٥] .

ثانياً : أن تكون العادة مطردة أو غالبة ، بحيث يكون العمل فيها مستمراً في جميع الحـــالات أو قل في أغلبها[٦] ، فلا يضير العادة شئ إن تخلفت في بعض الوقائع القليلة النادرة [٧] .

ثالثاً: أن تكون العادة موجودة عند إنشاء التصرف وسابقة عليه ، وإلا فلا تعتبر [٨].

الرابع : أن لا تعارض العادة شرطاً للعاقدين أو أحدهما بعدم العمل بها [٩] ، فلو كـــان العـــرف مثلاً جارياً على أن يدفع المستأجر أجرة البيت مقدماً في أول كل شهر ، فاتفقا على دفع الأجرة في أخر الشهر جاز.

---

(١) سورة البقرة ، آية(١٧٩) .

(٢) الشاطبي ، الموافقات ، ج٢ ، ص٥٧٣ ، وما بعدها .

(٣) الحصري ، القواعد ، ج١ ، ص٣٥٧ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٤٥ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٩٤ ، الحموي ، غمز عيـــون البصائر ، ج١ ، ص٢٩٧ ، حيث قالوا : " وإنما العرف غير معتبر في المنصوص عليه" ،علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٤٤ .

(٥) شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٤٥ .

(٦) وفي ذلك يقول السيوطي :" إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا " السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٠١ ، ابن نجيم الأشباه والنظائر ، ص٩٤ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٥٠ .

(٧) وفي ذلك يقول الشاطبي : "إذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة على الجملة " ، الشاطبي ، الموافقات ، ج٢ ، ص٥٧٥ .

(٨) وفـــي ذلك يقول السيوطي :" العـــرف الـــذي تحمل عليه الألفاظ إنما هـــو المقارن السابق دون المتأخر "، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢١٦ .

(٩) وفـــي ذلك يقـــول العز بن عبد السلام :" كل ما يثبت فـــي العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يـــوافق مقصود العقد صح"، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج٢ ، ص١٥٨ .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي [١] :

١- لو عمل شخص عند أخر عملاً، ولم يتفقا على الأجرة ، ينظر فإذا كان العامل يعمل بالأجرة عادة ، يجبر صاحب العمل على دفع أجرة المثل له ، عملاً بالعرف والعادة وإلا فلا [٢].

٢- امرأة لم يسم لها مهر ، كان لها مهر مثلها ، فإن حدث أن مثلها في البلد قد بولغ في مهرها دون غيرها، فإنه لا يقاس عليها ، ولكن يقاس على ما جرت به العادة في أمثالها ، وكذلك يجري هذا في تجهيزها وسكناها ، وغير ذلك من الحقوق التي كان ينبغي أن ينص عليها [٣] .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى بعض الفقهاء المسائل التي تخرج عن القاعدة وأهمها :

١- خروج بعض المسائل في الأيمان عن قاعدة العرف عند بعض الفقهاء ، منها :

- لو حلف أن لا يأكل لحماً ، حنث بأكل لحم الخنزير والآدمي ، ولكن الفتوى على خلافه .
- لو حلف أن لا يركب حيواناً ، يحنث بالركوب على الإنسان ، لتناول اللفظ مع أن العرف لا يتناوله [٤] .

٢- الصنّاع الجارية عادتهم بالعمل بالأجرة لا يستحقون شيئاً من المال ما لم يشترطوا ذلك على الأصح ، فلو دفع شخص ثوبا إلى خياط ليخيطه ، أو جلس بين يدي حلاق فحلق رأسه ، فإن كلاً منهما لا يستحق أجراً ما لم يشترط ذلك [٥] .

٣- عدم صحة بيع المعاطاة [٦] ، وإن جرت العادة بقبوله .

---

(١) ابن نجيم ،الأشباه والنظائر ص٩٣ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٢٩٥ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٥١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٩٤ ، ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٢٢١ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٦ ، ص٣٣٨ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٥١ ، باز ، شرح المجلة ، ص٣٤ .

(٣) إسماعيل ، القواعد الفقهية ، ص١٥٤ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٩٨ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٣٠٥ .

(٥) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٢٠ ، الزركشي ، المنثور ، ج٢ ، ص٣٥٦ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٢٢٢ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٢٧٦ .

(٦) المعاطاة :من عطوت الشيء تناولته قال الجوهري: المعاطاة المناولة ، البعلي ،المطلع ،ص٢٢٨ ، وهي صورة من صور البيع لا صيغة فيها بحيث يتفقان على ثمن ومثمن من غير إيجاب ولا قبول وقد جرت العادة بعد الشافعي بفعل المعاطاة ورجح النووي تحكيم العرف في ذلك ، النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٣٣٦ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٣ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

الأصل في القضاء الشرعي الأردني الالتزام بالنصوص الشرعية ، والقوانين المنصوص عليها الواجبة التطبيق ، عندما تعرض مسألة معينة على المحاكم الشرعية التابعة له، فإذا انعدم النص الواجب التطبيق ، فإن القضاء الشرعي يلجأ إلى الأخذ بالعرف والعادة ، وهذا يدل على أن القضاء الشرعي ، يحرص كل الحرص على التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم ، وذلك بمراعاة ما ألفوه وتعودوا عليه ، ومن ذلك ما جاء صراحة في بعض القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية ومنها :"يعمل بالعرف وتطبق العادة عندما ينعدم النص الشرعي "[١] ،ومن أهم التطبيقات القضائية على هذه القاعدة ما يلي:

أولاً : قانون أصول المحاكمات الشرعية : قد اعتمد المستندات العرفية [٢]،ولكنه أجاز الطعن بها بالإنكار والتزوير .

ثانياً : القضاء الشرعي الأردني ، قد اعتمد القرائن العرفية من المرجحات لدى القضاء ، ومن ذلك اختلاف الزوجين في أمتعة البيت [٣].

---

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٦١٣٥) ، تاريخ ١٩٦٩/١٠/٢٢م، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ،ص٣٩٣ ، هذا وقد نصت المادة (٣٦) من المجلة على أن:" العادة محكمة" ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج ، ص ٤٤ ، وكذلك نص القانون المدني الأردني في المادة (٢٢٠ /الفقرة الأولى) على أن : " العادة محكمة عامة كانت أو خاصة " ، وذكر في مواد أخرى القواعد المتعلقة بالعرف ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ص٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٧٧) ، ومن الأمثلة على ذلك ،محكمة الاستئناف الشرعية عمان ، قرار رقم (١١٣١٥) ، تاريخ ١٩٦١/٢/٨م، حيث جاء فيه:" أن ما ورد في دفترالتاجرالمتوفى بخطه ملزم له كالإقرار الشفاهي عملاً بالمادة (٦٠٨) من المجلة إلا أنه لا بد من إثبات أن الدفتر دفتره والخط المدون فيه خطه ، ثم تحليف المدعي الذي ادعى الدين على تركة المتوفى بيمين الاستظهار" وجاء في قرار رقم (١٣٤١٧) تاريخ ١٩٦٢/٧/١٣م، "دين على تركة لا يقبل في إثباته دفتر المدعي الدائن لنفسه " ، داود ، أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ص٥٨٠ ، ٥٨١ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم ، (٩٢٠٩) ، تاريخ ١٩٥٦/٣/٣١ م ، حيث جاء :" إذا اختلفت الزوجة مع ورثة الزوج في الأمتعة الصالحة لكل من الزوج والزوجة، فإن بينة ورثة الزوج هي الراجحة ، فإن عجزوا عن إثبات أن الأمتعة المدعى بها ملك مورثهم ، تكلف الزوجة بإثبات دعواها أنها ملكها ، وإذا عجزت فإن اليمين لمن هوفي الحياة منهما وهي الزوجة هنا، عملاً بالمادة (١٧٧١) من المجلة "، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص١٤١ ، محمود حمزه ، الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة ، ص٦٧ .

ثالثاً : قانون الأحوال الشخصية الأردني: قد اعتمد في كثير من أحكامه على العرف ، أذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

١- **المهر** : فقد نصت المادة (٤٤) من القانون على أن :"المهر مهران ، مسمى : وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد ، قليلاً كان أو كثيراً ، ومهر المثل وهو: مهر مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها ، وإذا لم يوجد أمثال من قبل أبيها ، فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها [١]، أي أن المعتبر في تحديد مهر المثل هو ما تعارف عليه أهلها ، أو أهل بلدتها ٠

٢- **المتعة** [٢]: فقد نصت المادة (٥٥) من القانون على أنه:" إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول ، والخلوة الصحيحة ، فعندئذ تجب المتعة والمتعة تعين حسب العرف والعادة،بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل" [٣] ، فهذه المادة نص صريح في الاعتماد على العرف والعادة في تحديد المتعة .

٣- **نفقة الزوجة وخدمتها وأجرة علاجها** : حيث نصت المادة (٦٦ /فقره أ) على أن :"نفقة الزوجة تشمل الطعام، والكسوة ، والسكنى ، والتطبيب بالقدر المعروف ، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم "[٤] .

ونصت المادة (٧٨) من القانون على أن أجرة القابلة والطبيب الذي يستحضر لأجل الولادة عند الحاجة إليه ، وثمن العلاج ، والنفقات التي تستلزمها الولادة على الزوج بالقدر المعروف ، حسب حاله سواء كانت الزوجية قائمة أم غير قائمة [٥] .

٤- **وقوع الطلاق** : حيث نصت المادة (٩٥) من القانون على أن : "الطلاق يقع بالألفاظ الصريحة ، وما أشتهر استعماله عرفاً دون الحاجة إلى نية" [٦] .

---

(١) عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص٣٢٥ ، قرار رقم (٢٥٣٢١) حيث جاء فيه :"إذا وقع العقد على المرأة فاسداً فلها الأقل من المهرين المسمى والمثل إن تم الدخول" .

(٢) المتعة هي :" ما يدفعه الزوج للزوجة إذا حصل التفريق بينهم بسبب من الزوج ، كالطلاق ... ، وغيره و أما إذا حصلت الفرقة من الزوجة فلا متعة لها" ، السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص٢٨٠ .

(٣) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٥٥) .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (٢١٤٢٥) ، تاريخ ١٩٨٠/٥/٢٢ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية،ج٢ ،ص١١٣٤ .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (٩٠٥٧) ، تاريخ ١٩٥٢/٢/١١م ، المرجع السابق ، ج٢ ص١١٠٣ .

(٦) الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (١٣١٢٩) تاريخ ١٩٩٤/١/٢٧م، حيث جاء فيه:" إذا قصد الزوج من قوله لزوجته (حارمة عليَّ) ،وكانت طالقة حسب العرف يقع الطلاق "، المرجع السابق ،ج٢ ، ص٧٨٥ .

القاعدة السادسة:

الضرر[١] يزال [٢] [٣] :

معنى القاعدة :

هذه القاعدة من جوامع الأحكام ، وهي أساس لمنع وقوع الفعل الضار على النفس والغير ، وهي تعبر عن وجوب رفع الضرر ، وترميم آثاره بعد الوقوع ، لأن الضرر ظلم، وغدر ، والواجب عدم إيقاعه ، وإقرار الظالم على ظلمه حرام ، وممنوع أيضاً فيجب إزالته[٤]، والله تبارك وتعالى يقول :﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [٥] ، ولا شك أن إزالة المنكر والضرر تعاون على البر والتقوى التي أمر الله بها .

وهذه القاعدة من القواعد الخمس الكبرى ، التي اتفق الفقهاء عليها ، ينبني عليها كثير من أبواب الفقه [٦] ، كما يتفرع عنها قواعد فقهية منها: " الضرورات تبيح المحظورات" "وما أبيح للضرورة يقدر بقدرها " ، " والضرر لا يزال بالضرر "، "إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما" ، "ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح" ، " وتصرف الإنسان في خالص

([١]) الضرر لغة : مأخوذة من ضر، وهو خلاف النفع ، ابن فارس معجم مقاييس اللغة ، ج٣ ، ص٣٦٠ . وفي الاصطلاح :" الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس ، أو الغير تعدياً ، أو تعسفاً ، أو إهمالاً"، موافي ، أحمد (١٩٩٧م) ، الضرر في الفقه الإسلامي ، ط١ ، ٢م ، دار ابن عفان ، المملكة العربية السعودية ص٩٧ .

([٢]) يزال : من زال يزول زوالاً ، وهي في اللغة تعني: تنحي الشيء عن مكانه ، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ج٣ ، ص٣٨ ، في الاصطلاح: الإزالة والتنحية والإذهاب ، قلعه جي ، معجم لغة الفقهاء ، ص٥٦.

([٣]) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ،ص٥٨ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٢٧٤ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٤١ ،العلائي ، المجموع المذهب ، ج١ ، ص١٢ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ص١٦٥ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٣٧ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٧٩، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٩٣ ،.

([٤]) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٣٧ ، باز ، شرح المجلة ، ص٢٩ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٩٣ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص١٦٥ .

([٥]) سورة الطلاق ، آية (٦) .

([٦]) وذكر منها :"الرد بالعيب،وجميع أنواع الخيار ،الحجر بأنواعه، والشفعة، والقصاص، والحدود ، والكفارات والقسمة ، ونصب الأئمة والقضاة "، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٦٦ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٨٥ .

حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره "[١] ، وهذا إن دل على شئ فإنما يدل على أهمية هــذه القاعدة ، واتساعها لتشمل أبواباً كثيرة من الفقه .

وأصل هذه القاعدة هو قول النبي ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار "[٢] .

حيث نص الحديث على نفي الضرر والضرار [٣] ، وعدم جواز إلحاقهما بـــالغير ، وأن من يفعل ذلك فإنه يتحمل تبعات ذلك من حيث إزالة الضرر ،وجبر الآثار المترتبة عليه .

ومما ينبغي ذكره أن الفقهاء وضعوا شروطاً عدة لإعمال قاعدة الضرر يزال أهمها :

أولاً : أن يكون الضرر محققاً :

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الضرر الذي تبنى عليه الأحكام أن يكون محققاً [٤]، في الحال ، أو في المستقبل ، فلا تبنى الأحكام على ضرر موهوم ، أو نادر الحصول عملاً بقاعدة "لا عبرة للتوهم " المتفرعة عن قاعدة "اليقين لا يزول بالشك "[٥] ، فلا يقال مثلاً أن كثرة إنجاب النسل يترتب عليه ضرر بالغ في الاقتصاد الوطني فهذا ضرر موهوم [٦] ، لأن الله تعالى أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان ومتطلباته إذا أحسن استغلالها ، وراقب الله فيها . قال تعالى: ﴿ وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَى آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ وَلَكِن كَذَّبُوا فَأَخَذْنَاهُم بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ ﴾ [٧] .

([١]) ابن نجيم ،الأشباه والنظائر و ص٨٥ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٦٨ .

([٢]) البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، بـــاب لا ضــرار ولا ضــرار ، ج٦ ، ص٩ ، الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ، وقال: **حديث صحيح** الإسناد عـلـى شرط مسلم ، ج٢ ، ص٦٦، **واللفظ لهما** .

([٣]) اختلف العلماء فـي الفرق بين الضــرر والضرار ، فقيل الضرر فعل الـواحـد ، والـضرار فعل الاثنين فصاعداً ، وقيل: الضرر الـذي لك به منفعة وعلى جارك فيه مضرة ، والضرار الذي ليس لك فيه منفعة وعلـى جارك فيه مضرة ، وقيل هما بمعنى واحـد ، القرطبي ،الجامع لأحكام القران ،ج٨ ، ص٢٥٤ ، العلائى ، المجوع المذهب ،ج١ ، ص١٢٢، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٥ ، ص٣٨٧ .

([٤]) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص٣٢١ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٤ ، ص٢٦٧ ، الشربيني ، مغني المحتاج ،ج٤، ص٢٣٨، ابن قدامـة، الـمغني، ج٤، ص٣٢٤، ابن جزي، القوانين الفقهية،ص٢٢٤،

([٥]) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٥٦ .

([٦]) موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي ، ج٢ ، ص٨٢٣ .

([٧]) سورة الأعراف آية (٩٦) .

ثانياً : أن يكون الضرر فاحشاً [١] :

إن الضرر الذي تجب إزالته هو الذي يلحق بالآخرين ضرراً فاحشاً لا يمكن تحمله، ولذا قال شارح المجلة : " بأن هذا الحديث(لا ضرر ولا ضرار) ، عامٌ مخصوص ؛ لأنه لا يتضمن نفي كل ضرر ، حيث توجد أضرار كثيرة ، لا يكلف الباعث لها برفعها ، وذلك إذا طبخ أحد في بيته أطعمته ، وكانت رائحتها تنتشر إلى جيرانه فتضرروا من ذلك ، ولا سيما المرضى منهم فلا يمنع ذلك الشخص من طبخ طعامه للضرر المذكور ، وعليه فإن الضرر الذي يجب أن يزال ما كان فاحشاً ، أما ما كان يسيراً فيغتفر [٢] .

من الأمثلة على القاعدة [٣] :

١- وجوب نصب الإمام الأعظم ، ونوابه من الأمراء والقضاة ؛ لأن المقصود الأعظم بنصبهم دفع الظلم عن الضعفاء ، والأخذ على أيدي الجناة والمعتدين ، وإيصال الحقوق إلى مستحقيها في المحاكمات[٤].

٢- ومنها إيجاب الزكوات في أموال الأغنياء ، لدفع ضرر الحاجة عن الفقراء ، فأوجب الشارع في الأموال ما تسد به خلتهم .

٣- إذا أراد المدين أن يسافر فراراً من دائنه فللقاضي أن يمنعه من السفر .

٤- إذا سلط شخص ميزاب بيته على الطريق العام ، بحيث يضر بالمارة فإنه يزال ،وكذلك إذا تعدى على الطريق العام ، ببناء ، أو حفر ، فإنه يزال ، ويضمن ما ألحقه من أضرار[٥] .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قاعدة "الضرر يزال" ،يرد عليها ببعض الضوابط الفقهية، التي تشكل بحد ذاتها قواعد فقهية ، ومن أهم هذه الضوابط ما يلي :

---

(١) ومن الشروط أيضاً: أن يكون الضرر بغير حق ، وأن يكون مخلاً بمصلحة مشروعة ، أو بمصلحة مستحقة للمتضرر بأي وجه من وجوه الاستحقاق ، موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي ،ج٢، ص٤٤٩.

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج٢ ، ص٢٢ ، ابن مفلح ، المبدع ، ج٦ ، ص٢٧٧ ، ابن قدامة ، المغني ، ج١ ، ص١٥٢ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٣ ، ص٢١٨.

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٨٥ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٢٧٤ ، السبكي ، الأشباه والنظائر و ج١ ، ص٤١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٦٦ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٩٣ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٧٩ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص١٩٨ .

(٤) العلائي ، المجموع المذهب ، ج١ ، ص١٢٤ .

(٥) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٩٣ .

الأول : الضرر لا يـزال بضرر مثله [١] ، وعليه فلا يجـوز للإنسان أن يدفـع الـغرق عـن أرضه ، بإغراق أرض غيره ، ولا أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره ، كما لا يجوز للمضطر أن يتناول طعام مضطر أخر [٢] ، وذلك لأن رفع الضرر في الصور السابقة ، يؤدي إلى الوقـوع في ضرر آخر ، والواجب على المسلم إزالة الضرر عن نفسه ، دون أن يضر بغيره .

الثاني : إذا تعارضت مفسدتان ، روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما ، ومن ذلك جـواز السكوت عن إنكار المنكرات ، إذا كان يترتب على إنكارها ضرر أعظم ، ومنها جواز شق بطن المرأة الميتة ، لإخراج الجنين ، إذا كانت ترجى حياته ، ومنها جواز رمي الكفار إذا تترسـوا بالنساء والصبيان ، أو بأسرى المسلمين [٣] .

الثالث: الضرر يرتكب في حالة الضرورة ، فالأصل أن الضرر يزال ، ولكن عند الـضرورة قد يرتكب الضرر ؛ لأن "الضرورات تبيح المحظورات" ، ومن ذلك مثلاً : جواز أكل الميتة عند المخمصة ، وذلك لأنه إن لم يأكل لمات ، فالمحظور: أكل الميتة ، والـضرورة إن لـم يأكـل لمات، والموت أعظم من الحرمة ؛ لأنه قتل نفس ، ولذلك أباحت الضرورة المحظور[٤]، وفـي ذلك يقول تعالى :﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْه ﴾ [٥] .

---

(١) وفي ذلك يقول السبكي : "الضرر يزال أي يزال ولكن لا بضرر، فشأنهما شأن الأخص مـع الأعـم و في الحقيقة بل هم سواء ؛ لأنـه لـو أزيل بالضرر لما صـدق الضرر يزال "، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٤١ .

(٢) الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٢٠٣ .

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٨٩ ، السيوطـي ، الأشباه والنظائـر ، ج١ ، ص١٨٣ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٩٥ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائـر ، ص٨٥ ، السيوطي ، الأشباه والنظائـر ، ج١ ص١٦٨ ، ص١٨٨ .

(٥) سورة البقرة ، آية (١٧٣) .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لعل هذه القاعدة ، من أكثر القواعد تطبيقاً ، في القضاء الشرعي الأردني ، وذلك لأن القضاء الشرعي حريص كل الحرص على رفع الضرر الواقع على أيٍ كان ، وفي جميع القضايا التي تعرض على المحاكم الشرعية التابعة له ، ولذا جاء النص صراحة في القضاء الشرعي الأردني على أن "الضرر يزال" [١] ، ومن أهم التطبيقات القضائية على القاعدة ما يلي:

أولاً : قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- الحجر على السفيه : وذلك لأن السفيه لا يحسن التصرف بأمواله ، الأمر الذي يترتب عليه الإضرار بالورثة ، ولأن الضرر يزال ، أجاز القانون الحجر على السفيه[٢] .

٢- القانون شرع طرقاً عدة للطعن بالأحكام القضائية [٣] ، وذلك لإتاحة الفرصة لمن يعتقد أنه متضرر ، وتنطبق عليه الشروط المنصوص عليها ، أن يطعن بالحكم الصادر ضده لدى الجهات المختصة محاولة منه لرفع الضرر الذي وقع عليه ، وهذه الفرصة التي أتاحها القضاء الشرعي الأردني تطبيق لقاعدة " الضرر يزال " ، وعليه فيفسخ الحكم ، أو يعدل ، إذا ثبت وقوع ضرر بغير وجه حق على من طعن بالحكم .

ثانياً : قانون الأحوال الشخصية الأردني :

القانون قد وضع أحكاماً يمكن تعليلها ، على أساس أن الضرر يزال منها مثلاً:

١- المرأة إن زوجت نفسها من غير كفءٍ ، فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح [٤]،

---

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، اربد ، قرار رقم (٢٥٦) ، تاريخ ٢٠٠٤/٤/٦م ، هذا وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك في المادة (٢) على أن :"الضرر يزال" ، علي حيدر ،درر الحكام ، ج١، ص٣٧ كما نصت المادة (٦٢) من القانون المدني الأردني على أنه:" لا ضرر ولا ضرار والضر يزال" المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج١، ص٨٠ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية المادة (١٠) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٠١١٤) ، تاريخ ١٩٧٨/٥/٣٠م ، وجاء فيه :" أن المستأنف أقرض أناسا مبالغ كبيرة بلا سبب ولا موجب ، وأخذ ينفق ثمن أرضه بلا تدبير ولا مصلحة ، وطلب لذلك الحجر عليه لحفظ أمواله من الضياع" ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ص٤٤٣ .

(٣) من هذه الطرق: الاعتراض على الحكم الغيابي ، واعتراض الغير، والاستئناف، وإعادة المحاكمة الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص٩٦ ، ٩٨ ، ١٠٧ ، ١١٣ .

(٤) قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (٢٢) ، مع ملاحظة أن عدم الكفاءة يوجب فسخ النكاح قبل الحمل لا بعده ولذا نصت المادة (٢٣) :" للقاضي عند طلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه أما بعد الحمل فلا يفسخ النكاح" .

وذلك لأن وليها يتضرر من زواجها من غير كفءٍ ، ويعيَّر بذلك ، ولذا فإن القضاء الشرعي الأردني ، أجاز للولي طلب فسخ النكاح لإزالة الضرر .

٢- منع إسكان الضرائر في دار واحدة [١] ، وذلك لأن اجتماعهن في بيت واحد يؤدي إلى وقوع الضرر بهن وبغيرهن .

٣- بقاء الزوجين على الزواج الباطل والفاسد ممنوع [٢] ، لأن بقاءهما يؤدي إلى ضرر بهما وبأولادهما .

٤- القانون أجاز صوراً كثيرة للتفريق بين الزوجين منها: التفريق للغيبة والضرر [٣] ، والتفريق للشقاق والنزاع [٤] ، والتفريق للعجز عن دفع النفقة [٥]، والتفريق

([١]) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٤٠) ، حيث نصت : "على من له أكثر من زوجة أن يعدل ويساوي بينهم في المعاملة ، وليس له إسكانهن في دار واحدة إلا برضاهن" .

([٢]) المرجع السابق، المادة (٤٣) حيث نصت :" بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع ، فإذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي، ولا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن إذا ولدت الزوجة، أو كانت حاملاً ، أو كان الطرفان حين إقامة الدعوى حائزين على شروط الأهلية ".

([٣]) المرجع السابق ، المادة (١٢٣) حيث نصت : "إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، وكان معروف محل الإقامة ، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً ، إذا تضررت من بعده عنها، أو هجره لها ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه" ، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار تطبيق المواد (١٢٤ ، ١٢٥) من القانون ، الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص١٥٣ ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال لشخصية ، ج١ ، ص٢٢٣-٢٥٠ .

([٤]) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٣٢) حيث نصت:" إذا ظهر نزاع وشقاق بين زوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق ،إذا ادعى إضرار الأخر به قولاً أو فعلاً ،بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٢٥١-٣٠٤ .

([٥]) قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (١٢٧) حيث نصت: " إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها ، فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ،وإن لم يكن له مال ، ولم يقل أنه معسر، أو موسر، أو قال أنه موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال ، وإذا ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالاً ، وإن أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك" ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج١ ، ص٣٠٥-٣٢٣ .

لـــلـــعيب [١] ، والتفريق بسبب السجن [٢] ، ولعل جميع هذه الحالات من التفريق مبناها علـــى أساس أن الضرر يزال ، وذلك أن ضرراً في جميع الحالات السابقة قد وقع علـــى الزوجـــة أو على الزوج ، وجاء القضاء الشرعي الأردني ، لكي يرفع هذا الضرر، فجوَّز صـــور التفريـــق السابقة وفق شروط معينة حددها.

([١]) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١١٣) حيث نصت:" للمرأة السالمة مـــن كل عيب يحول دون الدخول بها، أن تراجع القاضي وتطلب منه التفريق بينها وبين زوجها ،إذا علمت أن فيه عـــلة تحول دون بنائه بها ، كالعنة والخصا ، ولا يُسمع طـــلب المـــرأة التي فيها عيب مـــن العيوب كالـــرتق والقرن " ، مـــع ملاحظة أحكام المواد (١١٤ ، ١٢٢) ، الظاهـــر ، التشريعات الخاصـــة بالمحاكـــم الشـــرعية ، ص١٤٩ ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٣٢٩ -٣٤١ .

([٢]) قانون الأحـــوال الشخصية الأردني ، المادة (١٣٠) حيث نصت : " لزوجة المحبوس المحـــكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ، أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطليق عليه بائناً ،ولو كان له مال يستطيع الإنفاق منه" ، داود ، القرارات الاستئنافية فـــي الأـــحوال الشخصية ، ج١ ، ص٣٢٥-٣٢٨ .

القاعدة السابعة :

مراجعة الحق خير [١] من التمادي في الباطل [٢] :

معنى القاعدة :

إنها توجب على القاضي ، الرجوع إلى الحق متى ظهرت أماراته؛ لأن الحق أحق أن يتبع ، وهذا الأمر ليس في القاضي خاصة ، بل هو في كل من تبين له وجه الحق في أمر من أمور الدين ، كالواعظ ، والمفتي ، والقاضي ، في ذلك سواء ، فإذا تبين له أنه زل فليظهر رجوعه عن ذلك ، فزلة العالم سبب لفتنة الناس ، ولكن هذا في حق القاضي أوجب لأن القضاء ملزم [٣] .

وأصل القاعدة هذه هو كتاب عمر بن الخطاب ﵁ إلى أبي موسى الأشعري والذي جاء فيه : " ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك ، فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شئ ،ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل"[٤] .

وجه الدلالة : فهذا نص صريح يوجب ضرورة الرجوع إلى الحق، فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل الذي بان خطؤه.

وبالنظر إلى أصل القضاء وأحكامه نرى أن هذه القاعدة جاءت استثناءً على الأصل المعتمد في باب القضاء ، وهو أنه لا يصح رجوع القاضي عن قضائه ، فلو قال : رجعت عن قضائي، أو أبطلت حكمي لم يصح ، والقضاء ماضٍ[٥] ،وذلك ليكتسب الحكم القضائي صفة الاستقرار والثبات [٦] ، إلا أن الفقهاء قد استثنوا من هذا الأصل عدة مسائل [٧] منها : إذا

---

(١) جاء في الأشباه والنظائر، للسيوطي :"أن أفعل التفضيل ليس على بابه ،لأن التمادي في الباطل لا خير فيه" ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٣١ ، ولكني أرى أنها قد تفهم على أنها تفضيل من حيث أن للقاضي مصلحة باستمرار الحكم الأول ، وعدم نقضه حفظاً لماء وجهه أمام الخصوم ، وعدم سقوط هيبته ، وازدراء الناس به ، ولكن هذه المصلحة لا تساوي شيئا أمام مصلحة الرجوع إلى الحق .

(٢) السيوطي : الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٣١ .

(٣) "لأنه كما قيل إن زل العالِم زل بزلته العالَم" ، السرخسي ، محمد بن أحمد ، (ت ٤٩٠هـ / ١٠٩٦م) ، المبسوط ، ١٦م ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٣م، ج١٦ ، ص٦٢ .

(٤) انظر : ص ٥٣ من هذه الأطروحة .

(٥) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٩١ ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٤٢٣ .

(٦) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٢٢ .

(٧) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ٢٣٥ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٩١ .

ظهر للقاضي أنه أخطأ في حكمه ، وهنا لا بد من التفريق بين أمرين :

الأول : إذا كان الخطأ في الحكم ، بسبب مخالفة لنص من الكتاب ، أو السنة الصحيحة ، أو الإجماع ،أو القياس الجلي [١]،فإنه ينقض قضاؤه بلا خلاف بين العلماء [٢] ؛ لأنه مفرط في حكمه غير معذور فيه فوجب نقضه [٣]، لقوله تعالى : ﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ﴾ [٤] .

الثاني : أما إذا كان الخطأ ، نتيجة تغير اجتهاد القاضي ، بمعنى أنه عندما أصدر حكمه كان يراه هو الأصوب من وجهة نظره ، وبعد فترة تغير اجتهاده لإطلاعه على مسائل جديدة لم يطلع عليها مسبقاً ، فرأى أن رأيه الأول خطأ ، والثاني هو الأصح ، فهنا اختلف الفقهاء في رجوع القاضي عن حكمه إلى قولين [٥] :

القول الأول : يرى عدم جواز الرجوع عن الحكم في هذه الحالة ، ولكنه يستأنف الحكم في المستقبل بما توصل إليه اجتهاده الجديد ، وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة [٦] .

القول الثاني: يرى أن على القاضي ، أن ينقض جميع ما بان له خطؤه من الأحكام ؛أي أنه إذا

---

(١) بخلاف القياس الخفي ، وهو ما لا يبعد فيه تأثير الفارق، فلا ينقض الحكم المخالف له ؛لأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض ، لما استمر حكم ، ولشق الأمر على الناس ، الأنصاري ، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب ، ج٢ ، ص٣٧٠ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ط٢٣٦ ٠

(٢) نظام ، الفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص٣٣٧ ، السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص٦٢ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي، ص٣٢٠، القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص٩٧ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٦٣ الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٤ ، ص٣٦٥ ، الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد ، (ت ٥٠٥هـ /١١١١م) ، الوسيط في المذهب ، ط ، ٧م ، (تحقيق : أحمد محمود / محمد تامر) ، دار السلام، القاهرة ، ١٤١٧هـ ، ج٧ ، ص٣٠٧ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥٣٥ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ص٦٠٥ .

(٣) الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٢٩٧ .

(٤) سورة المائدة ، آية (٤٩) .

(٥) بينما نقل صاحب كتاب (رحمة الأمة) الإجماع على عدم نقض الأول ، وهذا غير صحيح ، عبد الرحمن الدمشقي ، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ، ص٣٢٩ .

(٦) منلا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ج٢ ، ص٤٠٩ ، نظام ، الفتاوى الهندية ، ج٢، ص٣٣٧ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٣٣٥ ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٦ ، ص٣٨٦ .

حكم بحكم ورأى أنه أخطأ فعليه أن يرجع عنه ، وإن كان مما يجتهد به [١] ، وبه قال ابن القاسم من المالكية [٢] ، والظاهرية [٣] .

أدلة الفريقين :

أولاً : استدل أصحاب القول الأول بما يلي :

١- ما روي عن النبي ﷺ أنه كان يقضي بالقضاء ، ثم ينزل القرآن بغير الذي قضى به ، فلا يرد قضاؤه ويستأنف [٤] .

وجه الدلالة : يدل هذا الحديث على أن القاضي إذا قضى في حادثة باجتهاده ، ثم رأى خلاف ما قضى به ، لم ينقض ما مضى من القضاء ،لكنه يستأنف الحكم في المستقبل [٥] .

٢- بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في المسألة المشتركة [٦] ، بحكم لم يشرِّك فيه بين الإخوة لأم ، والإخوة الأشقاء، ثم شرَّك بينهم بعد ،وقال: تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا [٧].

([١]) ابن عبد الرفيع ، معين الحكام ، ج٢،ص٦٣٩ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٢٣ .

([٢]) والراجح عند المالكية، أن القاضي لا يرجع عن حكمه ؛ لأنه لو كان له نقض هذا الرأي لجاز له فسخ الثاني والثالث ، ولا يقف على حد ، ولا يثق أحد بما قُضى له به ، وذلك ضرر شديد ، هذا إذا ما زال القاضي في منصبه،ما إذا عزل أو مات لم ينقض بلا خلاف عندهم ،ابن فرحون، تبصرة الحكام،ج١،ص٦٥

([٣]) ابن حزم ، المحلى بالآثار، ج٨ ، ص٤٣٠ .

([٤]) ابن ،أبي شيبة ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج٦ ، ص١٤ ، ومثاله ما حصل في أسرى بدر.

وهنا أمر لا بد من الإشارة إليه ، وهو أنه ثمة فرق بين ما كان يفعله الرسول ﷺ وبين القاضي إذا قضى برأيه في حادثة، ثم وجد نصاً بخلافه، فإنه ينقض ما حكم به ، والرسول ﷺ كان يحكم برأيه ثم ينزل القرآن بخلافه فلا ينقضه ، وذلك لأن النص كان موجوداً حال ما اجتهد القاضي ، لكنه لم يقف عليه فلم يكن المحل محل الاجتهاد ، وكل اجتهاد وقع في غير محله لا يصح ، وليس كذلك الرسول ﷺ حين اجتهد فإنه لم يكن هناك نص، فكان الاجتهاد واقعاً في محله فنفذ، إنما النص حادث بعد ذلك فافترقا ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٣٢٧ .

([٥]) المرجع السابق ، ص٣٢٦ .

([٦]) سبقت الإشارة إلى هذه المسألة ص ٩٢ من هذه الأطروحة .

([٧]) ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد ، (ت٦٣٠هـ/١٢٣٢م) ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ط٥ ، ٤م ، (تحقيق: زهير الشاويش) ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٨م ، ج٤ ، ص٤٥١ .

وجه الدلالة : أنه لم يرد الحكم الأول ؛ لأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمثله ، فأثبت للواقعة الأولى حكمها ، واستأنف الحكم الجديد في المسألة الثانية [١] .

٣- استدلوا بالمعقول فقالوا : لا مزيَّة لأحد الاجتهادين على الأخر ، ولكن الأول تأبد باتصال القضاء به فلا ينقض باجتهاد لم يتأبد به ؛ لأنه دونه ، والقضاء حق الشرع يجب صيانته ، ومن صيانته ، أن يُلزم ولا يعترض عليه [٢] .

ثانياً: استدل أصحاب القول الثاني : بكتاب سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ إلى أبي موسى الأشعري " فإن الحقَّ قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل "[٣] .

وجه الدلالة : فيه توجيه إلى أبي موسى الأشعري ، بضرورة الرجوع إلى الحق في كل حكم ، بان فيه خطؤه ، وهذا عام في كل حكم ، سواء أخالف نصاً ، أم إجماعاً أم قياساً، أم تغير اجتهاد القاضي .

المناقشة والترجيح :

يتضح لنا من خلال ما سبق ، أن أساس استدلال كل من الفريقين ما ورد عن عمر بن الخطاب ﷺ ، غير أن ما استدل به الفريق الثاني ، من رسالة عمر بن الخطاب ﷺ ، إلى أبي موسى الأشعري عام ، بينما ما استدل به الفريق الأول ، من قضائه بالمسألة المشتركة خاص ، وهو نص في المسألة ، ولذا فإن الجمع بين الأدلة أولى من أخذ بعضها ، والإعراض عن البعض الأخر إذا كان ذلك ممكنا ، وعليه فإنه يمكن حمل رسالة عمر بن الخطاب ﷺ إلى أبي موسى الأشعري ، على كل حكم خالف نصاً من كتاب ، أو سنة ، أو إجماعاً ، أو قياساً جلياً ولذا سماه بالباطل ، بينما قوله : " تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا "، يحمل على مسألة تغير اجتهاد القاضي ، والله أعلم .

---

(١) وقد استدلوا أيضاً بما روي عن القاضي شريح :" أنه كان يقضي بالقضاء ثم يرجع عنه فيقضي بخلاف قضاءه"، وشريح كان قاضياً في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما وأن ما فعله كان بعلمهما ، فيكون الموقوف عليه في ذلك كالمرفوع إليهما ، والله أعلم ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٣٢٧ .

- كما بوَّب البيهقي في سننه الكبرى ذلك بقوله:" باب من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم يرد ما قضى به استدلالاً فيما مضى في خطأ القبلة في كتاب الصلاة "، البيهقي ، السنن الكبرى ، ج١٠ ، ص١٢٠ .

(٢) منلا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ج٢ ، ص٤٠٩ .

(٣) انظر : ص ١٧١ من هذه الأطروحة .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- لو قضى قاضٍ ، بحل الوطء بمجرد العقد في مطلقة الثلاث ، فهنا يجب على القاضي الرجوع عن هذا الحكم لمخالفته النص والإجماع [١] .

٢- لو أن قاضياً ، حكم في ميراث الجد مع الإخوة ، بحجبه بالإخوة ، ثم تغير اجتهاده وترجح لديه فيما بعد أن الأولى أن يجعله عصبة معهم [٢] ، فإنه لا ينقض قضاؤه الأول بل هذه على ما قضى ، وهذه على ما قضى .

٣- لو أن قاضياً حكم بأن على المرآة التي توفي عنها زوجها أن تعتد ثلاثة أشهر فقط ، فإن هذا الحكم ينقض لمخالفته النص الصريح من كتاب الله الذي يوجب على المرآة في هذه الحالة أن تعتد أربعة أشهر وعشر أيام .

([١]) منلا خسرو ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ج٢ ، ص٤٠٩ .

([٢]) انظر: أراء الفقهاء في مسألة ميراث الجد ، درادكه ، ياسين أحمد ، (١٩٨٦م) ، الميراث في الشريعة الإسلامية ، ط٣ ، ١م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ص١٧٩ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لا شك أن القضاء الشرعي الأردني ، حريص كل الحرص على إحقاق الحق، وإيصال الحقوق إلى أصحابها ، وهذا يوجب على القائمين على هذا النظام توخي الدقة في تطبيق المواد الواجبة التطبيق ، عند إصدار الأحكام القضائية ، ويمكن ملاحظة تطبيق هذه القاعدة من خلال ما يلي :

أولاً: إن القضاء الشرعي الأردني ، قد قسم المحاكم الشرعية إلى قسمين [١] :

القسم الأول : المحاكم البدائية ، وهي منتشرة في جميع مناطق المملكة .

القسم الثاني :محاكم الاستئناف الشرعية ، وهي موجودة في عمان ،واربد والقدس ، ومحاكم الاستئناف الشرعية ، لا تعتبر درجة ثانية للتقاضي ، وإنما هي محاكم رقابة على تطبيق القانون، والأحكام الشرعية بالنسبة للقضايا التي تنظرها المحاكم البدائية الشرعية [٢] ، وما هذا إلا تطبيق عملي لقاعدة "مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل" ، فمحاكم الاستئناف الشرعية إذن تحاول تصحيح الأخطاء التي وقعت فيها المحاكم البدائية ، وتعيد القضايا التي جانبت الحق وتستحق بذلك الفسخ ، إلى المحكمة البدائية التي أصدرتها ، لتقوم هذه المحكمة البدائية بإجراء الإيجاب الشرعي حسب الأصول .

ثانياً: إن القضاء الشرعي الأردني، قد اعتبر كل الأحكام التي تصدرها المحاكم البدائية الشرعية تخضع للاستئناف[٣]،ولكن الاستئناف يقسم بحسب نوع الحكم الذي تتعلق به الدعوى إلى قسمين:

الأول :الاستئناف الجوازي : وهو يشمل جميع الأحكام ، حيث يجوز للخصوم أن يتقدموا بطلب استئناف الأحكام ، أو القرارات التي تخصهم أمام محكمة الاستئناف [٤] .

الثاني : الاستئناف الإجباري : فقد أوجب قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني ، على

---

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص٨٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص١١٠ .

(٣) وأعني بالأحكام هنا ما يصدر بالفصل في موضوع الدعوى، فهذه تستأنف استقلالاً ، أما القرارات ، وهي ما يصدره القاضي ، ولا يعد فاصلاً في موضوع الدعوى ، فيخضع للاستئناف ولكن لا يُستأنف القرار مستقلاً ، إلا بعد صدور الحكم من المحكمة الابتدائية ، فترفع إلى الاستئناف ،ويستأنف القرار مع الحكم الصادر في الدعوى، ومن الأمثلة على ذلك قرار المحكمة بعدم سماع دفع الدعوى أو بتكليف المدعي بإثبات ما يدعيه ، المرجع السابق ، قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المواد المتعلقة بالاستئناف من المادة ١٣٥ – ١٥٢ .

(٤) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص٢١٨ .

المحاكم الشرعية البدائية ، أن ترفع إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على القاصرين ، وفاقدي الأهلية ، وعلى الوقف ، وبيت المال ، وأحكام فسخ النكاح ، والتفريق ، والطلاق ، والرضاع المانع للزوجية ، والإمهال للعنة ، والجنون ، وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى ، وأحكام الدية لتدقيقها ، وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً ، من صدور الحكم ، ويشترط في ذلك أن لا يكون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المعينة ،وفصلت محكمة الاستئناف في موضوعها[١] .

وهذا إن دل على شئ فإنما يدل على حرص القضاء الشرعي الأردني على الوصول إلى الحق ، ومراجعة أحكام المحاكم البدائية الشرعية ، لا سيما المتعلقة منها بحقوق الله سبحانه وتعالى لضمان صدور الحكم على الوجه الشرعي الصحيح .

ثالثاً: القضاء الشرعي الأردني قد اعتبر الخطأ الذي قد يصدر من القاضي [٢] ، على درجات وخوّل في كل درجة صلاحية الرجوع عن الخطأ إلى الجهة المختصة على النحو التالي :

الأولى :أخطاء تقع من القاضي ، كالأخطاء الكتابية ، أو الحسابية ، فهذا النوع أجاز قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني ،للمحكمة في كل وقت أن تصحح من تلقاء نفسها وبناءً على طلب أحد الخصمين ، الأغلاط الكتابية ، أو الحسابية التي تقع في الأحكام والقرارات عن طريق السهو المحض [٣] ، فمراجعة الحق هنا من صلاحية القاضي نفسه ، أو المحكمة .

الثانية : أخطاء تقع من القاضي ، ولكنها لا تؤثر على الحكم من حيث النتيجة ، فهي أخطاء شكلية على محكمة الاستئناف الشرعية ، أن تصحح مثل هذه الأخطاء وتلفت نظر المحكمة البدائية ، إلى عدم تكرار ذلك في المستقبل [٤] .

---

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٣٨) .

(٢) القضاء الشرعي الأردني يقرر أن صلاحية القاضي بالنسبة إلى الواقعة المعروضة عليه ، تنتهي بمجرد إصدار القاضي الحكم حسب الأصول، وبالتالي فإن القاضي لا يملك الرجوع عن الأخطاء الواردة في الحكم ، إلا ما نصت عليه المادة (١٥٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وما سوى ذلك تكون صلاحية تصحيح الأخطاء إلى محكمة الاستئناف الشرعية حسب الأصول .

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٥٨) .

(٤) المرجع السابق ، المادة (٤٦ /الفقرة الثانية) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٧٤٨٢) ، تاريخ ٢٠٠٤/٤/١٣م ، " وفيه خطأ نحوي حيث قامت محكمة الاستئناف بتصحيحه ، ولفت انتباه المحكمة إلى عدم الوقوع في مثله " ، وكذلك قرار رقم (٥٨٩١٤) ، تاريخ ٢٠٠٣/٩/٢٩م .

الثالثة : أخطاء تقع من القاضي ، وتؤدي إلى فسخ الحكم المستأنف ، كله أو بعضه ،فإذا كانت القضية صالحة للفصل ، تكمل محكمة الاستئناف المحاكمة من الجهة التي فسخت الحكم بسببها ، وتتم الإجراءات ، ومن ثم تحكم في القضية ، أو تعدل حكم المحكمة البدائية ، دون أن تعيد القضية إلى المحكمة [١] ، فمراجعة الحق في الدرجة الثانية ، والثالثة من صلاحيات محكمة الاستئناف الشرعية .

الرابعة : أخطاء تقع من القاضي وتوجب فسخ الحكم ، وإعادة القضية إلى المحكمة البدائية التي أصدرت الحكم ، ويكون هذا في حالتين[٢] :

الأولى : إذا كانت النواقص ، والأخطاء الواقعة في إجراءات القضية مما لا يمكن تداركه بالإصلاح .

الثانية : إذا كان الحكم في حد ذاته مخالفاً للوجه الشرعي والقانوني [٣] .

فمراجعة الحق هنا من صلاحية القاضي الذي أصدر الحكم ، ولكن ربما يثار هنا تساؤل وهو: ما موقف القضاء الشرعي الأردني ، في حالة إصرار القاضي على موقفه بعد أن فسخ الحكم من قبل محكمة الاستئناف الشرعية ؟

للإجابة على هذا التساؤل أقول : في حالة إصرار القاضي في المحكمة الشرعية على قراره ، واستئناف الحكم ثانية ، تدقق محكمة الاستئناف فيه ، وتصدر قرارها ، إما بتأييد الحكم، أو فسخه ، وفي الحالة الأخيرة لمحكمة الاستئناف رؤية القضية مرافعة ، أو إعادتها للمحكمة ليراها قاض أخر انتداباً[٤] ،وهذا من قبيل حرص القضاء الشرعي على الرجوع إلى الحق .

---

(١) إلا إذا كانت هنالك أسباب ضرورية، أو كان القرار المستأنف مما ورد في المادة (١٣٧) من القانون ،قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٤٨) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (١٤٦ الفقرة الثالثة) .

(٣) محمكة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٣٦٣٧) ، تاريخ ١٩٨٣/٣/٣١م، "حيث كان اجتهاد المحكمة الابتدائية بعدم الوظيفة ، وكان هذا الاجتهاد غير صحيح ، ومخالفا للوجه الشرعي ، والأصول القانونية، فتقرر فسخه وإعادته لإجراء الإيجاب" ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٣٩ .

(٤) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٤٩/فقره ب) ، محكمة الاستئناف الشرعية،عمان ، قرار رقم (١٦٩٦٣) ، تاريخ ١٩٧٩/٢/١٩م "حيث أصر قاضي المحكمة الشرعية البدائية على رد دعوى المستأنفة من طلب أجور المستشفى والعلاج التي تدعي أنها أنفقتها بسبب الولادة ٠٠٠، بينما قررت المحكمة الاستئنافية الشرعية فسخ الحكم المستأنف والكتابة إلى سماحة قاضي القضاة لانتداب قاض أخر =

رابعاً: ترى محكمة الاستئناف الشرعية ، أن مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل ، وذلك في حالتين :

الأولى : إذا رأت محكمة الاستئناف الشرعية أن المسألة الفقهية ، أو القانونية التي ينبني عليها الفصل في أية قضية مستأنفة ، قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض[1] .

الثانية : إذا رأت محكمة الاستئناف العدول عن إتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة[2] ، وفـي كلا

= لرؤية الدعوى ،وفصلها حسب الـوجه الشرعي ، والأصـول وفقاً للمادتين (١٤٩) مـن قـانون أصول المحاكمات الشرعية و(١٠) قانون تشكيل المحاكم الشرعية٠٠٠ "، داود ، القرارات الاستئنافية فـي الأحوال الشخصية ، ج٢، ص١١١٥ ومن القرارات التي حكمت فيها محكمة الاستئناف مباشرة بعد إصرار المحكمة الشرعية عـلى رأيها قرار رقم (١٩٥٥٧) تاريخ ١٩٧٧/٨/٣م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحـوال الشخصية ، ج٢ ، ص٨٩٣ ٠

(1) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٥٠)، محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان، قـرار خماسي، رقم (٣٨٧٣٠)، تاريخ ١٩٩٥/٤/١٦م، حيث جاء فيه :"إن اعتبار الزوجية من الأعذار الشرعية المـانعة لسريان مرور الزمن، وبالرجوع إلى قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ،المتعلقة بهذا المـوضوع نجد أنها متناقضة ،فقد جاء في قرار رقم (٢١٥٥١) ،تاريخ ١٩٨٠/٧/٣٠م،"يتضمن تصديق الحـكم برد دعوى طلب توابع المهر لمرور الزمن ، ولم يعتبر قيام الزوجة عذرا شرعياً قاطعاً لـه "، بينما جـاء فـي القرار رقـم (٣٣٠٧٣) تاريخ ١٩٩١/٦/١٩ م،" المتضمن تصديق حكم المحكمة الابتدائية برد دفع مرور الزمن في دعوى طلب جهاز؛ لأن قيام الزوجية من الأعذار المانعة لسريان مرور الزمن على الحقوق المالية ، وكذا قرار رقم (٣٧٤٢٠) تاريخ ١٩٩٤/٦/٢١م، ولـذا وعملاً بالمادة (١٥٠) مـن قانون أصـول المحاكمات الشرعية، فقد تقرر عقـد محكـمة الاستئناف الشرعية المؤلفة مـن خمسة قضاة لاستعراض هـذه القـرارات الاستئنافية، والـدعـوى المستأنفة ، والنصـوص المعتمدة فـي المسألة ، لاتخاذ مبدأ واحـد فـي المـوضوع ورسـم الطريق والنهج الواجب إتباعه فيما ذكر ، وبعد المناقشة والإطلاع على المواد والقرارات المتعلقة بالموضوع، خرجت محكمة الاستئناف بما يلي : فإن هذه المحكمة الاستئنافية الخماسية ،وبناء على ما تقدم، تقرر أن مـا ورد فـي القرار رقـم (٣٣٠٧٣ ورقـم ٣٧٤٢٠) المذكورين هـو الصواب والواجب الإتباع ، وهـو أن الزوجية تعتبر عذراً شرعياً يوقف مرور الزمن وينقطع حال قيامها بين الزوجين ، ولا يمنع مرور الزمن من سماع الدعوى بينهما في المطالبة بالحق "، داود ،القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ،ج٢،ص١٠٠٩

(2) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٥٠)، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ،قـرار خماسي، رقم (٢٠٠٨٥)، تاريخ ١٩٧٨/٥/٢م،حيث جاء فيه:" إن المادة (١٣٨)،مـن قـانون أصول المحاكمات الشرعية تنص على ما يلي " ترفع المحاكم البدائية إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة علـى القاصرين وفاقدي الأهلية "، فقد كان المبدأ المقرر أن الأحكام التي تكون لصالح القاصرين أو عليهم خاضعة للتدقيق =

الحالتين تنعقد هيئة المحكمة من خمسة قضاة [١] .

خامساً: القضاء الشرعي الأردني قد شرع طرقاً للطعن بالأحكام مثل الاعتراض علـــى الحكـــم الغيابي ، واعتراض الغير ، وإعادة المحاكمة، وهذا تأكيد من القضاء الشرعي للرجـــوع إلـــى الحق ، وتدارك الأخطاء إن وجدت في الأحكام القضائية الصادرة عن محاكمها .

= استئنافاً دون استئنافه من الخصوم،وعلى هذا جاء اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية ،عمـــان ،فـــي قرارها رقم (١٨٦٦٧)،ولكن هل معنى المادة (١٣٨) السابقة تشمل الأحكام التي تكون علـــى القاصرين وضـــدهم، أما الأحكام التي تكون للقاصرين ولمصلحتهم فلا تشملها هذه المادة، أم أن جميع الأحكام المتعلقة بالقاصرين سواء كانت لهم أم عليهم خاضعة للتدقيق من قبل المحكمة الاستئنافية كالقرار المشار إلية رقم (١٨٦٦٧) ، ولمعرفة الرأي الذي يجب اعتماده للسير بمقتضاه في هذه الدعوى وأمثالها سلباً أو إيجاباً مـــن أجل ذلك فقد تقرر تشكيل محكمة من خمسة قضاة وفقاً للمادة (١٥٠) من قانـــون أصول المحاكـــمات الشرعية، للنظر في الحكم الابتدائي المرفوع وإعطاء الرأي الواضح، ورسم السبيل، والنهج الـــذي يجب السير عليه في مثل هذه الأحكام ،وبعد المناقشة استقر رأي المحكمة الاستئنافية الخماسية على أن الـــمادة (١٣٨) المذكورة تشمل فقط الأحكام التي تكون على القاصرين ولغير مصلحتهم ، ولذا تقرر العدول عن رأيها السابق في المادة (١٣٨) من شمولها ، بجميع أحكام القاصرين لهم أو عليهم ، داود ، الـــقرارات الاستئنافية فـــي أصـــول المحاكمات الشرعية ، ج ١، ص٦٨، وكذلك انظر:محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان، قرار خمـــاسي، رقـــم (٣٨٣٢٦) تاريخ ١٩٩٥/١/١٦ م، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ص١٠٩٨ .

[١] الأصل : إن هيئة محكمة الاستئناف الشرعية تنعقد من رئيس وعضوين في الأحوال العادية ، ولـــكن فـــي مثل الحالتين السابقتين تتكون هيئة المحكمة مـــن خمسة قضاة ، قانـــون تشكيل المحاكـــم الشرعية الـــمادة (٢١/ فقره ب) .

القاعدة الثامنة :
الحق لا يسقط بتقادم [١] الزمان [٢] :

معنى القاعدة :

إن حقوق العباد إذا ثبتت فإنها، لا تسقط بمضي المدة وتقادم الزمان ، ما دام هناك من يطالب بها ، وعليه فإن ذمة المطالب بالحق لا تبرأ ، إلا بالأداء ، أو الإبراء [٣] .

ومستند هذه القاعدة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال:"لا يبطل حق إمرىء مسلم وإن قدم"[٤].

وجه الدلالة :

الحديث واضح الدلالة، على عدم سقوط الحق وبطلانه ، مهما طال الزمان وتقادم وهذا يتمشى مع الأصل العام في الشريعة الإسلامية ، من أن الحق باقٍ لا يسقط بعد ثبوته [٥] في ذمة المطالب ،والتي تبقى مشغولة به إلى يوم القيامة ما لم يسقط بالأداء أو الإبراء ، وإلا كان أكلاً لأموال الناس بالباطل،وقد نهىالله تبارك وتعالى عن ذلك بقوله:﴿ وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾[٦].

هذا ومع أن الحق لا يسقط بمضي المدة ، إلا أن لولي الأمر منع القضاة من سماع الدعوى [٧] ، في بعض الحالات بعد مدة محددة معلومة ، ومع أن الحق

([١]) التقادم لغة:من قدم ، والقدم مصدر القديم وهو نقيض الحدوث ، ابن منظور، لسان العرب ،ج١٢، ص٤٦٥.
أما اصطلاحا : فقد عرفه الزرقا :" انقضاء زمن معين على حق في ذمة إنسان ، أو على عين لغيره في يده دون أن يطالب صاحبهما ، وهو قادر على المطالبة ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج١، ص٢٤٣ ، أما من الناحية القانونية : فقد نصت المادة (٤٤٩) من القانون المدني الأردني :" على أنه لا ينقضي الحق بمرور الزمان ، لكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما ورد فيه من أحكام خاصة ".

([٢]) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٢٢ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٣٧ .

([٣]) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٥ ، ص١٣١ .

([٤]) بحثت عنه مطولاً في كتب الحديث فلم أجده ، كما أكد ذلك كثير من الباحثين في هذا الموضوع .

([٥]) حشيش ، صلاح عوده ، (١٩٩٢م) أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية ، ام ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، كلية الدراسات العليا ، بإشراف الدكتور العبد خليل أبو عيد ، ص١٥٧ .

([٦]) سورة البقرة ، آية (١٨٨) .

([٧]) منع القضاة مبني على أحد أمرين :

الأول : حكم اجتهادي نص عليه الفقهاء ، وهو ما يرجع تحديد المدة فيه إلى اجتهاد الفقهاء ، وقد اختلفوا في تحديد هذه المدة على ثلاثة أقوال ،الأول : ثلاثون سنة ، والثاني : ثلاث وثلاثون سنة ، والثالث : ست وثلاثون سنة ،وعليه فإن الدعوى بعد هذه المدة لا تسمع ما لم يوجد مانع شرعي يمنع من إقامتها =

لا يسقط بتقادم الزمان ، إلا أن وجه هذا المنع هو: تلافي التزوير، والتحايل ، لأن ترك الدعوى زماناً مع التمكن من إقامتها ، يدل على عدم الحق ظاهراً ، وعدم سماع الدعوى بعد المدة المحددة ، ليس مبنياً على سقوط الحق في ذاته ، وإنما هو مجرد منع القضاة عن سماع الدعوى، مع بقاء الحق لصاحبه حتى لو أقر الخصم يلزمه ، ولو كان التقادم مسقطاً للحق لم يلزمه [١] .

و يمكن تقسيم الحقوق من حيث كونها موضعا للحيازة أم لا إلى قسمين[٢] :

القسم الأول : أموال وحقوق لا يمكن أن تكون موضعاً للحيازة ، وعليه فلا تسري عليها أحكام مرور الزمن فتسمع الدعوى ، وإن طالت المدة وهي :

١- الأموال والحقوق العامة .

٢- أموال وحقوق أصحاب الأعذار، والموانع الشرعية .

القسم الثاني : أموال وحقوق يمكن أن تكون موضعاً للحيازة ،ولا تسمع الدعوى عليها بمرور الزمن ،ولكن على تفاوت في الفترة الزمنية بالنسبة لكل حق بما يتفق مع طبيعته وتقتضيه المصلحة [٣] ومن الأمثلة على هذه الحقوق: العقار، المنقول ، الدين ، الميراث ، المهر ، العارية ، الوديعة ، وغيرها .

= **الثاني** : أمر سلطاني : وهو ما يرجع تحديد المدة فيه إلى مرسوم من السلطان ، وقد صدر أمر سلطاني ينهى القضاة في الدولة العثمانية عن سماع الدعوى ، إذا تركها صاحبها خمس عشرة سنة بلا عذر شرعي واستدلوا على ذلك بأن لولي الأمر تخصيص القضاء بالزمان والمكان ، والخصومة ، وعليه فيكون القاضي معزولاً عن سماع الدعوى ، فإذا سمعها بدون أمر من السلطان كان حكمه باطلاً .

هذا وقد فرق الحنفية بين ما نص عليه الفقهاء ، وبين ما أمر به السلطان ، بأنه إذا مضت مدة التقادم السلطاني وهي خمس عشرة سنة ، فلا تسمع الدعوى بعد ذلك إلا إذا أمر السلطان بسماعها ، أما إذا مضت مدة التقادم الاجتهادي ، فلا تسمع الدعوى بعد ذلك إن تركت بغير عذر شرعي ، وإن أمر السلطان بسماعها، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٤٢٠ ، السبكي ، فصل القضية ، ص١٧،الحموي غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٣٣٧ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٢٩٥ ، وزارة الأوقاف الكويتية ،الموسوعة الفقهية ، ج١٣ ، ص١١٩ ، والظاهر أن المراد بعدم سماع الدعوى هو أنه لا يتوجه على المدعى عليه اليمين إذا أنكر، لا أنه لا تسمع ابتداءً ، ولا يُسأل المدعى عليه عن جوابها لاحتمال أن يقر المدعى عليه ، الخطاب ، مواهب الجليل ،ج٦ ، ص٢٢٤ .

([١]) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٧ ، ص٤٨٧ ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج١٣ ، ص١١٩ .

([٢]) وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج١٣، ص١٢٢ علي حيدر، درر الحكام ، ج٤،ص٢٩٥.

([٣]) حشيش ، أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية، ص ١٠٦ .

من الأمثلة على القاعدة :

١- أن حق القصاص مثلاً لا يسقط إلا بإسقاط ، من له الحق مهما تقادم الزمان [١] .

٢- إذا كان لإنسان على أخر دين ، فإن هذا الدين لا يسقط بمضي الزمان ، وتبقى ذمة المدين مشغولة به أمام الله ﷻ ، ما لم يسقطه بأداء منه ، أو إبراء من الدائن .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

١- ذهب بعض المالكية [٢] إلى القول بسقوط الحق في حالة حيازة الشيء مدة تقادم الزمـــان، وانتقال ملكية الشيء المحوز إلى الحائز بشروط معينة [٣] ، وفي ذلك قال الإمام مالك:" فيمن له شئ ترك غيره يتصرف فيه ، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل ، فإن ذلك ممـــا يـــسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب " [٤] ، واستدل على ذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : " من حاز على خصمه شيئاً عشر سنين فهو أحق به" [٥] .

وقد حاول بعض المالكية ، التوفيق بين قوله ﷺ : "لا يبطل حق إمرىء مسلم وإن قدم" ، وبين قوله: "من حاز على خصمه" بأن قول النبي ﷺ: " لا يبطل حق " بأن ذلك معلل بوجـــود

---

(١) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٥ ، ص١٣١ ، وذكر كذلك القذف ، واللعان ، وغيرهما .

(٢) وقد خالف في ذلك جمهور الفقهاء ، الذين قالوا: بعدم سقوط حـــق المحوز عليه في ملكية الشيء المـــحوز بتقادم الـــزمـــان ، ابن عابدين ، حـــاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٤٢٠ ، ابـــن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٢٢ الملاح، عمدة الحاكـــم ،ص٣٤ ، الحمـــوي ، غمـــز عيون البصائـــر ، ج٢ ، ص٣٣٧ ، ابـــن جـــزي ، القـــوانين الفقهية ، ص٣٣٤ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ،ج٢ ، ص٩١، ابن القيم ، الطـــرق الحكمية ، ص١١٦ .

(٣) انظر هذه الشروط :حشيش ، أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية ، ص١٤٧ .

(٤) الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٦ ، ص٢٢٥ .

(٥) القرافـــي ، أحمـــد بـــن إدريس (ت ٦٨٤هـــ / ١٢٨٥م) ، الذخيرة فـــي فروع المالكية ، ط١ ، ١٠م ، (تحقيق: أحمد عبد الرحمن)، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ج٨ ، ص٤٣٨، والمالكية يذكرون هـــذا الحديث في كتبهم ، ولكني وبعد بحث طويل فـــي كتب الحديث لم أجده ، كما أكـــد ذلك كثير من الباحثتين الذين تطرقوا لهذا الحديث ، ولكن هناك رواية أخرى للحديث هي : من حاز أرضا وعـــمرها عشر سنين والخصم حاضر لا يغير ولا ينكر فهي للذي حازها وعمـــرها ، ولا حجة للخصم فيها ،الربيع ،الربيع بن حبيب بن عمـــر ، الجامـــع الصحيح ، مسند الإمـــام الربيع بن حبيب ، ط١ ، ١م، (تحقيق: محمد إدريس /عاشور بن يوسف) ، دار الحكمة ، بيروت ، مكتبة الاستقامة ، سلطنة عمان ، ١٤١٥هـــ ، ص٢٣٧ .

ويقول ابن القيم عن الحديث:" مـــن حـــاز شيئًا ..."، وهـــذا لا يثبت ؛ لأن الشارع لا يعين مبطلاً ، ولا يعين على إبطال الحق ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص١١٥ -١١٦ .

الأسباب المانعة من الطلب [١] ؛ كالغيبة البعيدة ، وعدم القدرة على الطلب مع الحضور، حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب كان طول المدة مع السكوت ، والحضور دلالة يقوى بها حال المطلوب بدليل قوله ﷺ : " من حاز شيئاً ... " [٢] .

٢- وقد استثنى الحموي مسألة نفقة القريب فإنها تسقط بمضي الزمن [٣]، وذلك لأن النفقة تجب من تاريخ الطلب .

([١]) كالصغر، والجنون، والغيبة عن البلد الذي فيه موضوع النزاع مدة السفر ، أو كون خصمه من المتغلبة وغيرها ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج١٣ ، ص١٢٠ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤، ص٣٢٢ .

([٢]) الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٦ ، ص٢٢٩ .

([٣]) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣١٥ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يرى القضاء الشرعي الأردني أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان [١] ، وأن ذمة من عليه الحق لا تبرأ إلا بالأداء ، أو الإبراء ، إلا أن القضاء الشرعي الأردني اعتبر أن مرور الزمن مانعاً من سماع الدعوى لدى المحاكم الشرعية ، وإنني ومن خلال الإطلاع على قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، المتعلقة بمرور الزمن نجد أن هذه القرارات ، ترجع في مجملها إلى المواد المتعلقة بهذا الموضوع في القانون المدني الأردني ، ومجلة الأحكام العدلية التي لا تتعارض مع أحكام القانون المدني الأردني ، ومن هنا ، فإنه يمكن بيان موقف القضاء الشرعي الأردني في هذا الموضوع ، من خلال ما يلي :

١- المادة (٤٤٩) من القانون المدني الأردني نصت على أنه:" لا ينقضي الحق بمرور الزمن ، ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر [٢]، بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي وتبدأ هذه المدة[٣] المقررة لعدم سماع الدعوى بمرور الزمان من اليوم الذي يصبح فيه الحق مستحق الأداء[٤] .

([١]) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرارا رقم ، (١٠٩٣٦) ، تاريخ ١٩٦٠/٦/٢٧م ، حيث نص على القاعدة صراحة :(أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان) ، كما نصت المادة (١٦٧٤) من المجلة " لا يسقط الحق بتقادم الزمن"،علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص ٣١٨ ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٥٩٤ .

([٢]) ولكن إذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي، بأن للمدعي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن، بالوجه الذي ادعاه المدعي، فلا يعتبر مرور الزمن ، ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه ، القانون المدني الأردني ، المادة (٤٥٩) ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٦٧٤) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٩٦٧٧) ، تاريخ ١٩٥٧/١١/٢٠م، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٦٠٣ .

([٣]) ولا يحسب اليوم الأول منها ، وتكمل بانقضاء أخر يوم منها ، إلا إذا كانت عطلة رسمية ، فإنه يمتد إلى اليوم التالي ، القانون المدني الأردني المادة (٤٥٦) ، والمعتبر في مرور الزمن السنة القمرية وليس السنة الشمسية ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٢٩٧، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان قرار رقم (١١٤٥٦) ، تاريخ ٦/٥/ ١٩٦١م، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٥٩٦ .

([٤]) القانون المدني الأردني ، المادة (٤٥٤) ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٦٦٧) ، حيث نصت المادة : "يعتبر مرور الزمن من تاريخ وجود صلاحية الإدعاء في المدعى به، فمرور الزمن في دعوى الدين المؤجل إنما يعتبر من حلول الأجل ؛لأنه ليس للمدعي صلاحية دعوى ذلك الدين ومطالبته قبل حلول الأجل" .

٢- يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى ، كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق ، ولا تحسب مدة قيام العذر في المدة المقررة [١] .

٣- الدفع [٢] بمرور الزمن ، يمنع القاضي من سماع الدعوى وفقاً للمادة (١٦٦٠) من المجلة، وهو من الدفوع التي تقبل في كل وقت وحين ،قبل الفصل في موضوع الدعوى والدعوى والمطالبة عند غير الحاكم لا تدفع مرور الزمن وفقا للمادة (١٦٦٦) من المجلة [٣].

٤- مرور الزمن يسري على الحق الموروث لا على صفة الإرث [٤] .

٥- مرور الزمن ليس للمحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها إذا لم يثره الخصم [٥] .

---

(١) القانون المدني الأردني،المادة (٤٥٧) ، الأعذار الشرعية المعتبرة في القضاء الشرعي الأردني_غير محصورة حيث جاء في اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية أن المادة (١٦٦٣) ، من المجلة أوضحت أن المعتمد في مرور الزمن هو مرور الزمان الواقع بلا عذر ، وأما الزمان الواقع مع العذر فلا يعتبر ، ولم تحصر المادة المذكورة الأعذار ، ولكنها ضربت أمثلة لها ، والمحاكم على اختلاف أنواعها تحقق في تقديرها واعتبارها ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١١٤٥٦) ، تاريخ ١٩٦١/٥/٦م، داود ،القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٥٩٦ ، ومنها الصغر، فقدان الأهلية وقيام مانع أدبي كالعلاقة الزوجية ، أو العلاقة بين الأصول ، والفروع، ولا تحسب المدة التي تمضي أثناء قيام العذر في المدة المقررة لسماع الدعوى ،وتحسب من تاريخ زوال العذر، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار خماسي، رقم (٣٨٧٣٠) تاريخ ١٩٩٥/٤/١٦ م ، المرجع السابق .

(٢) الدفع هو : دعوى يثيرها المدعى عليه أو المتضرر أو المحكمة بهدف رد دعوى المدعي أو تأخير الحكم فيها ، أبو سيف ، مأمون محمد ، (١٩٩٩م) الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات ، ط١ ،١م ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ص١٩ .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٣١٠ ، محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (١٥٣٠٣) ، تاريخ ١٩٦٧/٧/١م، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٥٩٣ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية عمان،قرارا رقم (٢٦٩١٣) تاريخ ١٩٨٦/١٠/٤،المرجع السابق ،ج٢، ص٥٩٤

(٥) ولكن يعترض على هذا ويقال: بأن القاضي ما دام أنه ممنوع من سماع الدعوى التي مر عليها مدة مرور الزمن بموجب عقد ولايته،فإن هذا يعني أن القاضي لا يملك ولاية النظر في قضية مرعليها مدة من الزمن، وعليه أن يرد الدعوى من تلقاء نفسه ، ولو لم يطلب الخصوم إلا إذا وجد ما يقطع مرور الزمن ، أو اقر الخصم بالحق ؛ لأن المنع ليس مبنيا على بطلان الحق ، وإنما هو لقطع التزوير والحيل ،وإذا أقر الخصم أو وجد العذر ارتفع المحذور ، وهذا يعني أن الدفع بمرور الزمن ، يعتبر من النظام العام في الفقه الإسلامي ، ذياب ، زياد صبحي ، (١٩٩٤م)، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ، ط١ ، ١م ، ص٧٣ ، بينما اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية قد استقر على أن الدفع بمرور الزمن ليس من النظام العام ،وبالتالي لا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ما لم يثره الخصوم، محكمة الاستئناف الشرعية ، قرار رقم (١٢٩٩٤ ،) ،داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج٢ ، ص٥٩٣ .

القاعدة التاسعة :

الأصل في الأبضاع [١] التحريم [٢] :

معنى القاعدة :

إذا تقابل في المرأة حل وحرمة ، غلبت الحرمة ؛ لأن الفروج يحتاط لهـا ،ولا يجـوز التحري فيها [٣] ، والمرأة في الأصل محرمة على الرجال في الوطء ، والاستمتاع إلا بعقد النكاح [٤] .

وفي ذلك يقول القرافي ـ رحمه الله ـ :"يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة ؛ لأن التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط له فلا يُقدم على محل فيه المفسدة إلا بسبب قوي يدل على زوال تلك المفسدة ، أو يعارضها ويمنع الإباحة ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب دفعاً للمفسدة بحسب الإمكان "[٥] .

ثم ذكر– رحمه الله – سبب ذلك فقال : "إن قاعدة الشرع أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه ، تعظيماً لشأنه ورفعاً لقدره ... ، فكذلك النكاح عظيم الخطر جليل المقدار؛ لأنه سبب بقاء النوع الإنساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات ، وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد ، واختلاط الأنساب ، وسبب المودة والمواصلة ، والسكون وغير ذلك من المصالح، فلذلك شدد الشرع فيه " [٦] .

وهذه القاعدة هي استثناء من قاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة"، ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة :

١– بقـوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ

---

(١) الأبضاع : جمع بضع ، وهـو الفرج كناية عـن النساء النكاح ، وعبر بالجزء عـن الكل ، لأن المقصود الأعظم من النساء هو الجماع ، وابتغاء النسل ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٢، ص١٧٢ .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٦٧ ، الحموي ،غـمز عيـون البصائر ، ج١، ص٢٢٥ ، السيوطـي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٣٣ ، الزركشي ، المنثور ، ج١ ، ص١٧٧ ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ج٣ ، ص٤٤ .

(٣) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٢٢٥ .

(٤) وفي ذلك يقول القرافي : "الأصل في السلع الإباحة حتى تملك ، بخلاف النساء الأصل فيهن التحريم ، حتى يعقد عليهن بملك أو نكاح " ، القرافي ، الفروق ، ج٣ ، ص٢٦٨ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) المرجع السابق ، ج٣ ، ص٢٦٦ .

وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إَلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللّهَ كَانَ غَفُوراً رَّحِيماً (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ ﴾ [١] .

وجه الدلالة : إن علاقة الرجال بالنساء مبنية على التحريم والحظر ، لما في ذلك من كشف للعورات ، وهتك الأستار ، واختلاط الأنساب ، فلا يحل منهن إلا ما أحله الشرع [٢] ، بأن تكون العلاقة ناشئة عن زواج شرعي .

٢- بقوله ﷺ : " إن دماءكم ، وأموالكم ، وأعراضكم ، حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا " [٣] .

وجه الدلالة : إن الأصل في الأبضاع الحرمة ، فلا يحق لمسلم أن يعتدي على عرض أخيه المسلم ؛ لأن الشأن في أعراض المسلمين أن تصان عن كل ما يؤدي إلى شبهة تلحق بالعرض عاراً ، أو تحل قريباً من ساحته ، سداً للذريعة ، ودفعاً للشبهة ، وتغليباً لجانب الحرمة في الأبضاع [٤] .

من الأمثلة على القاعدة [٥] :

١- إذا طلق الرجل إحدى نسائه بعينها ، طلاقاً بائناً ثم نسيها ، فلم يدر أيتهُّن طلق، فلا يجوز له أن يتحرى أو يجتهد في الوطء ، إذ يحرم عليه أن يطأ واحدة منهنَّ ، حتى يتبين له المطلقة من غيرها ، كما لا يسع الحاكم أن يخلي بينهنَّ وبينه حتى يتبين [٦] .

٢- ومنها إذا اختلطت محرَّمة بنسوة محصورات فيحرمن ، ويمتنع الاجتهاد لأنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه [٧] .

---

(١) سورة النساء ، آية(٣٣ ، ٣٤) .

(٢) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٢ ، ص١١٧ .

(٣) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب العلم ، باب ليبلغ الشاهد الغائب ، ج١ ، ص٥٢ ، مسلم ، صحيح مسلم كتاب القسامة والمحاربين ، باب تغليظ تحريم الدماء ، ج٢ ، ص٨٨٩ ، **واللفظ لهما** .

(٤) إسماعيل ، القواعد الكلية ، ص٣٤٢، الجزائري ،القواعد الفقهية المستخرجة من أعلام الموقعين،ص٢٩٤.

(٥) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ،ص٦٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٣٣ .

(٦) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ،ص٦٧ .

(٧) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٣٣ ، ولكني أرى أن العلم الحديث في زماننا كفيل بحل هذه الإشكالية فيتعرف من خلاله على المرأة المحرمة .

٣- لو اشتبهت أخته مـــن الرضاع بأجنبية ، فإنهما يحرمـــان عليه احتياطاً لدرء مفسدة نكاح الأخت [١] .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من القاعدة مسائل أهمها :

١- إذا اختلطت محرمة بنسوة غير محصورات ، فيجوز النكاح منهن رخصة من الله تعـــالى، لئلا ينسد باب النكاح عليه [٢] .

٢- لو أن صَبَيَّة أرضعتها نساء قوم كثير من أهل القرية ، أقلهم أو أكثرهم ، ولا يُـــدرى مـــن أرضعها ، وأراد واحد من أهل تلك القرية أن يتزوجها ، فإذا لم تظهر له علامة ، ولم يشهد أحد بذلك فيجوز نكاحها ، وهذا من باب الرخصة كيلا ينسد باب النكاح [٣] .

٣- لو تقدم رجل لخطبة فتاة فأخبره من يثق بدينه وأمانته أنها أخته من الرضــــاعة ،فالواجـــب عليه أن يعدل عن هذا الزواج ؛ لأن الأصل في الأبضاع التحريم .

([١]) البدوي ، يوسف أحمد ،(٢٠٠١م) ، أحكام الاشتباه الشرعية ، ط١ ، ١م ، دار النفائس ، الأردن ، ص٢٢٦

([٢]) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٣٣ ، وذكر بأن هذا قول الخطابي، ولـــعل العلم الحديث يسعفنا عند اختيار إحدى النسوة ، من أنها ليست المحرمة .

([٣]) هذا قول أبو القاسم الصفا وذكره ابن نجيم في الأشباه والنظائر ، ابن نـــجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٦٧ ، ابن نجيم، البحر الرائق ، ج٣ ، ص٢٣٨ ، هذا ومما ينبغي الإشارة إليه هنا هو ما ذكره ابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر ، حيث قال :" ثم إعلم أن هذه القاعدة إنما هي فيما إذا كـــان في المرأة سبب محقق للحرمة فلو كان في الحرمة شك لم يعتبر،ولذا قالوا لـــو أدخلت المرأة حلمة ثديها فـــي فـــم رضيعة ، ووقـــع الشك في وصـــول اللبن إلـــى جـــوفها ، لـــم يحرم لأن فـــي المانع شكاً ، وكـــذلك لـــو أن امرأة كانت تعطي ثديها صبية واشتهر ذلك بينهم ، ثم قالت المرأة : لم يكن في ثدييَّ لبن حين ألقمتها ثديي ، ولم يعلم ذلك إلا من جهتها جاز لابنها أن يتزوج بهذه الصبية ، وكذلك لـــو كـــان بين صغير وصغيرة شبهة الرضاع ، ولا يعلم ذلك حقيقة قالوا: لا بأس بالنكاح بينهما ، هذا إذا لم يخبر بذلك أحد ، فإن أخبر به عدل ثقة ، يؤخـــذ بقوله ولا يجوز النكاح بينهما ، وإن كـــان الخبر بعد النكـــاح وهـــما كبيران فالأحـــوط أن يفارقها ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٦٨ ، ابن نجيم ، البحـــر الرائق ، ج٣ ، ص٢٣٨ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يأخذ القضاء الشرعي الأردني بهذه القاعدة:" الأصل في الأبضاع التحـريم"، واعتبـر حرمة الفروج أولى من حرمة المال ، ومن ذلك ما جاء في أحد قرارات محكمـة الاسـتئناف الشرعية : "شأن الفرج أعظم من شأن المال ، فإذا كان الله تعالى قـد حـرم أخـذ المـال إلا بالتراضي ، فالفروج أولى أن تحرَّم إلا بالتراضي " [١] ، ومن مظاهر تطبيق هذه القاعدة فـي القضاء الشرعي الأردني ما يلي :

أولاً : القضاء الشرعي الأردني ، قـد تشدد فـي أمور النكاح ، ووضع شروطاً عدة لإجـراء النكاح [٢] ، وما هذا إلا لأن القضاء الشرعي الأردني ، يحتاط في الفروج؛ لأن الأصـل فيهـا الحرمة ، ولذا فهو حريص على أن يتم النكاح على الوجه الشرعي المطلوب .

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية الأردني قد فصّل في ذكر النساء المحرمات سواء أكانت الحرمة بالنسب [٣]، أم بالمصاهرة [٤]، أم بالرضاع [٥] ، كما ذكر المحرمات مؤقتاً [٦] ، وهذا يدل على حرص القضاء الشرعي الأردني على صيانة الفروج وحمايتها.

ثالثاً : أوجب قانون الأحوال الشخصية الأردني ، على المرأة المطلقة العدة الـشرعية حـسب حالها [٧] ، وما ذلك إلا للتأكد من براءة الرحم ، وأنه لا يحل لأي رجل الزواج من هذه المـرأة إلا بعد أن تنتهي عدتها ، لأن الأصل في الأبضاع التحريم .

رابعاً: لقد تقرر في القضاء الشرعي الأردني ، أن المدعـي مـن إذا ترك ترك ، ولكنه استثنى من ذلك [٨]: ما لو ادعت المرأة بأن زوجها قد طلقها، فإنها لو تركت هذه الدعوى فإنها لا تترك،

([١]) عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، ص٢٢٧ ، قرار رقم (١٠٣٢٨) .

([٢]) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المواد (٥، ٩ ، ١٠ ، ١٤ ، ١٦ ، ١٧ ، ٢٠) .

([٣]) المرجع السابق، المـادة (٢٤) ،داود ، القرارات الاستئنافية فـي الأحوال الشخصية، ج١، ص٦٦٣.

([٤]) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (٢٥) .

([٥]) المرجع السابق ، المادة (٢٦) ، داود ، القرارات الاستئنافية فـي الأحوال الشخصية، ج١ ، ص٣٩١ .

([٦]) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١) .

([٧]) المرجع السابق ، المادة (١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ .

([٨]) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ،قرار رقم (٢٣٣٤١) تاريخ ١٩٨٢/٤/١٩م،حيث جاء فيه:" المد عي من إذا ترك ترك، إلا أن ذلك يكون فيما إذا كانت الدعوى بحق شخصي وليس فيها حـق عام شرعي " ، وفي قرار رقم (١٧٠٤٠) جاء فيه :" المطالبة بحق الشرع هو من حق كل مسلم مـكلف لـذا فيحق لكـل مسلم مكلف إقامة دعـوى الطلاق باسم الحق العام الشرعي "، داود، القرارات الاستئنافية في أصـول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٣٤٣ ، ص٧٩٧ .

وإنما على القاضي أن يتحقق من ذلك ، وأن ينُصب شخصاً باسم الحق الشرعي العام يكون مدعياً ، والزوج والزوجة مدعى عليها ويسير في القضية حسب الأصول [١] .

وهذا الأمر من وجهة نظري هو تطبيق للقاعدة : الأصل في الأبضاع الحرمة ، ولذا وجب على القاضي أن لا يترك المدعية ، وكأن أمراً لم يكن ، بل يجب عليه التحقق من الأمر ، حتى لا تكون العلاقة بين الرجل والمرأة علاقة محرمة ، فإما أن يبقي على العلاقة الزوجية ، وأما أن يحكم بوقوع الطلاق ، والفرقة بين الزوجين حسب مقتضى الحال .

---

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ،قرار رقم (٢٢٤٥٨) تاريخ ١٩٨١/١١/٣م، وجاء فيه : "لا يجوز الرجوع عن الإدعاء بالطلاق أو الإقرار به رعاية لحق الله تعالى وحرمة الفروج " ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص٨١٨ ، كما اعتبرت محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، أن رجوع الزوج عن إقراره بالدخول لا يفيد ، ولذا جاء في قرار رقم (٣١٧٠١) :" إن رجوع المدعى عليه في إقراره حجة الطلاق بالدخول ... ، لا يفيد في نفي الدخول الذي أقر به ، ولا يترتب على الرجوع عن ذلك أثر شرعي ؛ لأن الإقرار الذي يرتد بالرد ، ولا يبقى له حكم بموجب المادة (١٥٨٠) من المجلة هو الإقرار الذي يتعلق بالحق الشخصي ، أما ما يتعلق به حق الله تعالى ، كالدخول مما تتوقف عليه حرمة الفروج وحلها ، فإنه لا يصح الرجوع عن الإقرار به" ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج ٢، ص٨٤٣ .

القاعدة العاشرة :

الغرم [١] بالغنم [٢] [٣] :

معنى القاعدة :

هذه القاعدة عكس قاعدة "الخراج بالضمان" [٤] ، ومعناها: أن من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره ، فالمضرة بمقابلة المنفعة ، ولذا قالوا الغرم مجبور بالغنم [٥] .

ويمكن أن يستدل على القاعدة :

١- بقولة تعالى : ﴿ وَعَلَى الوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ [٦] وجه الدلالة : أي أنه تجب عليه النفقة بمقدار إرثه ، فقد جعل العلة هي الإرث فينعقد الوجوب بقدر العلة ؛ ولأن الغرم بالغنم أي مقدر به ، فالذي يغنم من الأصل إذا مات عن تركة ، فيغرم بمقداره [٧] .

٢- كما أنها تتفق مع مبدأ العدل الذي أقرته الشريعة الإسلامية في كثير من نصوصها ، فمن

---

(١) الغرم : من غرم في تجارته إذا خسر ، وأصل الغرم الذل والغريم يقال لمن له الدين ؛ لأنه يلزم الذي له عليه الدين ، ابن فارس ،معجم مقاييس اللغة ،ج٤ ، ص٤١٩ ، المناوي ، التعاريف ، ص٥٣٧.
في الاصطلاح :ما يتحمله الغريم في ماله، تعويضاً عن ضرر بغير جناية، ولا خيانة ، قلعه جي، معجم لغة الفقهاء ، ص٣٣ ، المناوي ، التعاريف ، ص ٥٣٣ .

(٢) الغنم : من غنمت الشيء أي أصبته غنيمة ومغنما والأصل في الغنم الربح والفضل ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ج٤ ، ص٣٩٧ ، الأزهر ، محمد بن أحمد ، (ت ٣٧٠هـ/٩٨٠م) ، الزاهر ، ط١ ، ام ، (تحقيق:محمد خير الألفي) ،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ١٣٩٩هـ، ص٢٢٥ ، ص٢٨٠.

(٣) السيوطي : الأشباه والنظائر، ج١ ، ص٢٩٥ ، وذكرها عندما شرح قاعدة الخراج بالضمان ،علي حيدر ، درر الحكام ، ج١،ص٩٠، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٣٧ ، الزرقا، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص١٠٣٨ ، ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٤٩٤ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٣١٦ .

(٤) ومعناها: إن منفعة الشيء وغلته يستحقها من يكون هلاك ذلك الشيء على ضمانه وحسابه ، ابن نجيم الأشباه والنظائر ، ص١٥١ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ص٤٣١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٩٥ ، هذا ومن الفقهاء من ذكر قاعدة تجمع بينهما وهي قاعدة : "النعمة تقدر بقدر النقمة ، والنقمة بقدر النعمة" ، فقوله: النعمة بقدر النقمة مرادفة لقاعدة الخراج بالضمان وقوله : النقمة بقدر النعمة مرادفة لقاعدة الغنم بالغرم ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ص٩٠ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٤١ .

(٥) إبن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٤ ، ص٢٧٠ ،علي حيدر، درر الحكام ، ج١ ص٩٠ .

(٦) سورة البقرة ، آية (٢٣٣) .

(٧) الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ،ج٢ ، ص١٠٧ .

العدل أن من ينتفع من شيء أن يتحمل ما يترتب عليه من ضرر ، وهذا ما يقره أصحاب العقول السليمة والفطر السوية .

من الأمثلة على القاعدة [١] :

١- توزيع مخاطر أعباء البحر ، والتجارة البحرية على كل ركاب السفينة ، ولذلك تحدد قيمة ما يتفقون على إلقائه في البحر ، من الأمتعة ، والبضاعة الزائدة ، إنقاذاً للسفينة من الغرق في مقابل سلامة أنفسهم جميعاً[٢] .

٢- يكلف المشتري بكتابة سند المبايعة ، وحجة البيع ، والرسوم المترتبة على ذلك ؛ لأن منفعة السند تعود عليه لا على البائع [٣].

٣- تقدير نفقة القريب الفقير على أقربائه الأغنياء ، بحسب حصصهم الإرثية .

٤- إذا احتاج ملك مشترك للتعمير والترميم ، فعلى كل واحد من الشركاء أن يدفع من النفقات ، بنسبة حصته في الملك [٤] .

([١]) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٦ ، ص٦٣٤ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٨ ، ص٢٨٨ ، ابن الهمام شرح فتح القدير ، ج٥ ، ص٢٩٥ .

([٢]) وتكون القسمة هنا على حسب الرؤوس وقد وضع ابن نجيم قاعدة في ذلك ،الغرامات إذا كانت لحفظ الأملاك فالقسمة على قدر الملك ، وإن كانت لحفظ الأنفس فهي على عدد الرؤوس ، ابن نجيم ،الأشباه والنظائر ،ص٢٨١ ، وقال الحموي : القسمة تكون بحسب الأنصباء إلا في سبعة فإنها على عدد الرؤوس وهي: ساحة الدار ،الشفعة ،نوائب مطلقه ، أجرة القسام ، وما ألقي من السفن خشية الغرق ، طريق وعقل ، الحموي ،غمز عيون البصائر ، ج٣ ، ص١٩١ ، أحمد الزرقا شرح القواعد الفقهية ، ص٤٣٨ .

([٣]) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٩٠ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٣١٦ .

([٤]) المراجع السابقة .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لقد اعتبر القضاء الشرعي الأردني قاعدة "الغنم بالغرم" [١]، هي الأساس في أحكام نفقة الأقارب [٢] ، ومن أهم التطبيقات القضائية ما يلي :

أولاً: قانون أصول المحاكمات الشرعية قد نص في المادة (١٧٣) على ما يلي: "تجب نفقة الصغار الفقراء ، وكل فقير عاجز عن الكسب ، بآفة بدنية ، أو عقلية على من يرثهم من أقاربهم الموسرين ، بحسب حصصهم الإرثية ، وإذا كان الوارث معسراً ، تفرض على من يليه في الإرث ، ويرجع بها على الوارث الموسر" [٣] .

فهذه المادة جعلت نفقة الصغار الفقراء ، وكل كبير عاجز عن الكسب، على من يرثهم من أقاربهم الموسرين ، بحسب حصصهم الإرثية لأن الغرم بالغنم .

ثانياً: اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية قد استند إلى هذه القاعدة في بعض أحكامها منها :

أولاً :تحديد مقدار نفقة الأقارب: فقد نصت على ذلك صراحة : " والتحقيق فيما إذا كانت صاحبة الدعوى المستأنف عليها، ملزمة ببعض نفقتهم أم لا ، بناءً على القاعدة الشرعية الغرم بالغنم" [٤] .

ثانياً:" توريث بيت المال ، مال من لا وارث له ، وذلك لأن الشخص العاجز عن الكسب وليس له قريب غني ، تجب نفقته في بيت المال ؛ لأن " الغرم بالغنم " إذ لو فرض أنه مات ، ولم يترك وارثاً، أخذها بيت المال" [٥] .

---

[١] مجلة الأحكام العدلية ، المادة (٨٧) ، القانون المدني الأردني ، المادة (٢٣٥).

[٢] لقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية : اعتمد مشروع هذا القانون في بعض أحكام نفقة الأقارب على مذهب الإمام أحمد تمشياً مع قاعدة "الغنم بالغرم "، وعملاً بالآية الكريمة " وعلى الوارث مثل ذلك" ، ووضعت المادة (١٧٣) من هذا القانون على هذا الأساس ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات ،ج٢ ، ص٩٣٧ .

[٣] قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٧٣) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان قرار رقم ، (٣٥٩٣٦) ، تاريخ ١٩٩٣/٧/٧م، حيث جاء فيه :"نفقة الصغار والفقراء وكل كبير فقير عاجزعن الكسب بآفة بدنية أو عقلية على من يرثهم من أقاربهم الموسرين، بحسب حصصهم الإرثية ، وكذا قرار رقم (٤١٠١٤) ، تاريخ ١٩٩٦/٨/٤ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٢٩٣ -١٢٩٤ .

[٤] محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٤٤٨٧٨)، تاريخ ١٩٩٨/٥/٢٣ م، المرجع السابق ، ج٢، ص١٢٨٣ .

[٥] الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٤ ، مادة (٤١٣) .

القاعدة الحادية عشرة :

التابع [١] تابع [٢] :

معنى القاعدة:

التابع للشيء في الوجود ، تابع لذلك الشيء في الحكم ، فلو بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع ، بلا نص عليه ؛ لأنه تبع له فيتبعه في الحكم ، ويسري عليه ما يسري على متبوعه [٣] .

وهذه القاعدة ، من القواعد الكلية العامة التي تتفرع عنها قواعد كثيرة [٤] ، وإليها ترجع مسائل فقهية من أبواب متعددة ، كالعبادات ، والمعاملات ، والقضاء ، والنيات ، والمقاصد وغيرها [٥] .

ويمكن الاستدلال على القاعدة بأدلة من القرآن والسنة والإجماع وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : قال تعالى : ﴿ قَالَ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْداً قَالَ إِنَّكَ لَن تَسْتَطِيعَ مَعِيَ صَبْراً وَكَيْفَ تَصْبِرُ عَلَى مَا لَمْ تُحِطْ بِهِ خُبْراً قَالَ سَتَجِدُنِي إِن شَاءَ اللَّهُ صَابِراً وَلَا أَعْصِي لَكَ أَمْراً قَالَ فَإِنِ اتَّبَعْتَنِي فَلَا تَسْأَلْنِي عَن شَيْءٍ حَتَّى أُحْدِثَ لَكَ مِنْهُ ذِكْراً ﴾ [٦] .

---

(١) التابع لغة :من تبع الشيء أي سار في أثره فيقال: تبع عمر زيداً أي صار خلفه ،ويقال: المصلي تبع لإمامه والناس تبع لحكامهم ، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ، ج١، ص٣٦٢ .

اصطلاحاً: أن التابع للشيء في الهيئة والماهية يتبع ذلك الشيء في الحكم ليعطى للتابع حكم المتبوع في ذلك ولا يفرد بحكم مستقل ،الصلاحين ، مذكرة في القواعد الفقهية ، ص٧٣ .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٢٠ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ،ج١ ، ص٣٦١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ،ج١ ، ص٢٦٢، علي حيدر ، درر الحكام ،ج١،ص٥٢، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص١٠٢٢ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٥٣ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ،ج٣ ، ص١٥٨ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٣٦٣ .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٥٢ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٣٠١ ، وفي ذلك يقول الحموي: " التابع تابع ، أي غير منفك عن متبوعه "، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٣٦١ .

(٤) منها :" التابع لا يفرد بالحكم "، " من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته "، " التابع لا يتقدم على المتبوع "،" يغتفر في التابع مالا يغتفر في المتبوع " ، " إذا سقط التابع سقط المتبوع " ، وغيرها ، المراجع السابقة ، حتمل ، أيمن محمد ، (٢٠٠٤ م) ، قواعد التبعية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه الجامعة الأردنية، إشراف الدكتور عبد الله إبراهيم الكيلاني ، ص٥٦ .

(٥) شبير ، القواعد الكلية ، ص٣٠١ .

(٦) سورة الكهف آية (٦٦-٧٠) .

وجه الدلالة : إن موسى ـ عليه الصلاة والسلام ـ في مقام المتعلم ، والخضر في مقام العالم ، والمعلم تابع للعالم ، وإن تفاوتت المراتب (١) .

ثانياً : قوله ﷺ " ذكاة الجنين ذكاة أمه " (٢) .

وجه الدلالة : ذكاة الجنين يتبع ذكاة أمه ، فيحل بها ، كما تحل الأم بها ولا يحتاج إلى تذكية (٣) ، فالجنين تابع للأم وجزء منها (٤) .

ثالثاً : **المعقول** : التابع متصل بالمتبوع اتصال خلقه كما في الجنين ، يتغذى بغذائها، فتكون ذكاته كذكاة عضو من أعضاء الذبيحة (٥) ؛ لأن إفراد التابع بحكم يشق على المكلفين، فيلحق التابع بالمتبوع عملاً بالقاعدة "المشقة تجلب للتيسير" (٦) .

هذا وقد وضع الفقهاء ضوابط ترد على القاعدة وهي :

الأول : التابع لا يفرد بالحكم (٧)، ما لم يصر مقصوداً ، فالجنين الذي في بطن أمه ، لا يباع منفرداً عن أمه ، ولا يستثنى من البيع ، ومثله كل ما كان اتصاله خلقة ، كاللبن في الضرع ، واللؤلؤ في الصدف ، والجلد على الحيوان ، والنوى في الثمر، أما إذا صار التابع مقصوداً فعنده يفرد بالحكم ، كزوائد المغصوب المنفصلة المتولدة فإنها أمانة في يد الغاصب غير مضمونة عليه ، إلا بالتعدي عليها أو منعها بعد الطلب فإنه يضمنها حينئذ لأنها صارت

---

(١) حتمل : قواعد التبعية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، ص٤٩ ، ولكن الباحث يرى أن وجه الدلالة بعيد فالتبعية هنا ليست هي المقصودة من القاعدة ، والله أعلم .

(٢) ابن حبان ، محمد بن حبان بن أحمد ، (ت٣٥٤هـ/ ٩٦٨م) ،صحيح ابن حبان ، ط٢ ، ١٨م ، (تحقيق: شعيب الارنؤوط) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٣م ، كتاب الذبائح ، ج١٣، ص٢٠٧، الحاكم، المستدرك على الصحيحين ، وقال حديث صحيح ،ج٤ ، ص١٢٧، الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الأطعمة ، باب ما جاء في ذكاة الجنين ، وقال **حديث حسن صحيح** ، ج٤ ، ص٧٢ ، **واللفظ لهم** .

(٣) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٩ ، ص٢٢ .

(٤) سابق ،السيد ، (٢٠٠٠م) ، فقه السنة ، ط١ ، ٣م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج٣ ، ص٣٠٧ .

هذا ولم يرد عن أحد من الصحابة ولا عن العلماء أن الجنين لا يؤكل إلا باستئناف الذكاة فيه إلا ما روي عن أبي حنيفة ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٩ ، ص ٢٢ ، الخطابي ، حمد بن محمد ، (ت٣٨٨هـ/١٠٠٢م) ، معالم السنن ، ط٢ ، ٣م ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ج٣ ، ص٢٥٢ .

(٥) ابن قدامة، المغني ، ج٨ ، ص٥٧٩ .

(٦) شبير ، القواعد الكلية ، ص٣٠٢ .

(٧) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٢١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٦٢ .

مقصودة[١] .

الثاني : التابع لا يتقدم على المتبوع [٢] ، وذلك لأن التابع تالٍ لمتبوعه ، ومتأخر عنه في الوجود ، فلا يجوز أن يتقدم عليه في الفعل والعمل ؛ لأنه إذا تقدم عليه في الفعل تقدم عليه في الحكم ، وهذا تناقض لأنه تابع لمتبوعه في أحكامه [٣] .

الثالث : يغتفر في التابع مالا يغتفر في المتبوع [٤] ، وذلك لأن التابع قد ثبت ضرورة لثبوت متبوعه فيتساهل في التابع ، ويشدد في المتبوع [٥] .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي [٦] :

١- كل ما كان من ضرورات الشيء ، كالمفتاح للقفل فلا يفرد عن متبوعه ، بل يدخل تابعاً له في المبيع بلا ذكر .

٢- لو رهن شخص عند أخر ناقة ، ونتجت عند المرتهن ، فالنتاج يكون رهناً أيضاً تبعاً له ، ولا يحق للراهن أن يأخذه قبل فك الرهن .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من قاعدة التابع تابع قاعدة :" قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل" [٧] ، ومعنى هذه القاعدة :أنه قد يحكم بثبوت شئ تابع لغيره ، مع عدم ثبوت المتبوع [٨] ،وهذه القاعدة تبدو غريبة غير معقولة في بادئ الرأي ؛ لأنها تنافي السنن الطبيعية ، ففي الطبيعة لا يوجد فرع بلا أصل وهذا الإشكال أزاله الشيخ الزرقا بقوله:" ولكن الأمور الحقوقية الاعتبارية

---

(١) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٢٥٧ .

(٢) فلا يصح تقدم المأموم على إمامه في تكبيرة الإحرام ولا في الموقف ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٢١ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٦٦ .

(٣) البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٣ ، ص١٦٢ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٣٠٨ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٢١ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٣٦٥ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٦٦ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص١٠٢٥ .

(٥) شبير ، القواعد الكلية ، ص٣٠٨ .

(٦) أبن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٢٠ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٦٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٥٢ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص١٠٢٣ ، أحمد الزرقا ، القواعد الفقهية ، ص٢٥٤ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٣٨٩ .

(٧) حتمل ، قواعد التبعية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، ص١٣٣ ، وذكر عدة قواعد .

(٨) شبير ، القواعد الكلية ، ص٣٩ .

تؤثر فيها عوامل تختلف عن العوامل الطبيعية فهذه القاعدة تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء، ولا تبحث عن نشوئها في الواقع ، فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرع عنه ، ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية على الأشخاص قد تفقد وسائله المثبتة في حق الأصل، وتتوافر في حق الفرع "[١] .

من الأمثلة على هذا الاستثناء :

١- لو ادعى شخص على اثنين أن أحدهما استقرض منه مبلغاً من المال ، وأن الثاني قد كفله ، فاعترف الكفيل ، وأنكر الأخر،وعجز المدعي عن إثبات القرض عليه ، يؤخذ من الكفيل ؛ لأن المرء مؤاخذ بإقراره ، فقد ثبت الفرع وهو الكفالة ، ولم يثبت الأصل وهو الدين [٢] .

٢- إذا ادعى الزوج الخلع ، وأنكرت المرأة ، ثبتت البينونة بلا خلاف ، ولم يثبت المال الذي هو الأصل ، فالبينونة فرع قد ثبتت ، والمال أصل قد سقط [٣] .

٣- لو أقر أحدٌ لشخص مجهول النسب أنه أخوه ، ولكن الأب أنكر بنوته ، ولم يمكن إثباتها بالبينة ، لا تثبت بنوته للأب ، ولكن يؤاخذ المقر بإقراره أنه أخوه ، فيقاسم ذلك الشخص حصته من ميراث الأب [٤] .

٤- لو ادعت فاطمة على محمد ، بالنفقة لولدها فأنكر محمد الزوجية بينهما ، وعجزت فاطمة عن إثباتها ، فإن دعواها بالنفقة لا تسمع ، ولكن لو ادعى الولد بعد ذلك كونه ابن محمد ، وأثبت ذلك بدعوى أن محمداً أباه ، فإنه يثبت نسبه منه ، ففي هذه المسألة ثبت النسب الذي هو الفرع ، ولم يثبت النكاح الذي هو الأصل [٥] .

([١]) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص١٠٢٦ .

([٢]) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٨١ .

([٣]) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤١١ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٤٠٧ .

([٤]) الزرقا ، المدخل الفقهية ، ج٢ ، ص١٠٢٦ .

([٥]) شبير ، القواعد الكلية ، ص٣١٠ ، حتمل ، قواعد التبعية في الفقه الإسلامي ، ص١٣٩ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لم يجد الباحث نصاً صريحاً يدل على أن القضاء الشرعي الأردني يأخذ بهذه القاعدة ، إلا أنه يمكن استنتاج بعض التطبيقات القضائية لهذه القاعدة ، ويظهر ذلك من خلال المواضيع التالية :

أولاً: الحضانة : فقد تقرر أن الحضانة في القضاء الشرعي الأردني تدور مع مصلحة المحضون وجوداً وعدماً[١] ، وعليه فالحضانة تابعة لمصلحة المحضون فأينما وجدت مصلحة المحضون فهو تابع لها ، والتابع تابع ، ولذا جعل قانون الأحوال الشخصية الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية ، وبعد الفرقة ، ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء ، حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبى حنيفة [٢] ، وفي حالة تعدد أصحاب الحق في الحضانة الذين هم في درجة واحدة فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون[٣] ، وما هذا إلا تطبيق لقاعدة التابع تابع هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن القانون اشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة ، لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه ، قادرة على تربيته وصيانته ، وأن لا تكون مرتدة ، ولا متزوجة بغير قريب محرم للصغير ، وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه [٤] .

فهذه الأمور كلها مسقطات لحق الحضانة ، فالحضانة تابعة لمن يقدر على رعاية المحضون ، والقيام بشؤونه ، فإذا سقطت الرعاية بوجود أحد مسقطات الحضانة السالفة الذكر، تسقط الحضانة ، وذلك حسب القاعدة الفقهية "التابع يسقط بسقوط المتبوع".

ثانياً: أجرة مسكن حضانة :

فالقضاء الشرعي الأردني يرى أن المرآة لا تستحق أجرة مسكن حضانة ، إذا كان لها مسكن ملك تسكن فيه ، سواء أكانت متزوجة من والد الصغير أي لا تزال على ذمته أم كانت

---

[١] محكمة استئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٨١٨٧) ، تاريخ ، ١٩٧٤/٨/٢١م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٥١٣ .

[٢] قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٥٤) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٢٦٥٢) ، تاريخ ١٩٩١/٣/٥م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٥٣٦ .

[٣] قانون الأحوال الشخصية ، المادة (١٥٥) .

[٤] المرجع السابق ، المادة (١٥٥ ، ١٥٧) ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٩٢٤٤) ، تاريخ ١٩٧٧/٣/١م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج١ ، ص٥٥١ .

مطلقة ، وذلك لأن المرأة إذا كانت لا تزال على ذمة زوجها ، فإنها تستحق النفقة التي تـشمل المأكل والملبس والمسكن ، وعليه فلا تستحق أجرة مسكن لحضانة أولادها ؛ لأن الأولاد تابعون لها ، " والتابع تابع " ، أما في حالة الطلاق فإذا كان لها مسكن ملك فلا حق لها باجرة مـسكن حضانة ؛ لأنه لا يجب لها أجرة مسكن بعد الطلاق ، وإنما سكنها على حسابها ، ومـا دام لهـا مسكن فالأولاد يتبعون لها في السكن ، "والتابع تابع" [١].

ثالثاً : إثبات إسلام الأولاد للمسلم المتزوج من غير مسلمة :

فإن القضاء الشرعي الأردني يرى أنه إذا كان الأب مسلماً والأم غيـر مـسلمة ، فيكـون الأولاد مسلمين ما لم يثبت أنهم ارتدوا عن الإسلام ، وإلا فيعتبرون مسلمين في جميع الأحكـام والمعاملات [٢] ، وذلك لأن الأولاد يتبعون والدهم في الديانة، "والتابع تابع" .

---

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقـم (٢٣٢٢٦) تاريخ ١٩٨٢/١٠/٢٧م، حيث جاء فيه:" لا بد أن تذكر الحاضنة فـي دعواها طلب أجرة المسكن ، بأنه لا مسكن لها تحضن فيه الصغير؛ لأن ذلك شرط لصحة الدعوى ، عملاً بالمادة (٣٨٩) مـن الأحكام الشرعية فـي الأحـوال الشخصية" ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٣٧ ، وفـي قرار رقم (٢٨٧٣٢) تاريخ ١٩٨٨/٤/٩م ، حيث جاء فيه:" في حين أن البينة قد قامت على زواجها بتاريخ ١٩٨٦/١/٩م ،وأخذها أولادها المذكورين بعد هذا الزواج إلى بيته ، ولذلك وحيث أن أجـرة مسكن الحاضنة تسقط بزواج الحاضنة لاستغنائها بمسكن الزوجية عن مسكن الحضانة شرعاً، المرجع السابق ، ج١ ، ص٤٣ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قـرار رقـم (١٢٠٤٦) ، عمرو ، القرارات القضائية فـي الأحوال الشخصية ، ج١، ص٢٤ .

المبحث الثاني :

القواعد الفقهية المختصة بالمحكوم به :

تبين فيما سبق [١] أن المحكوم به هو المصدر الشرعي ، أو القانوني الذي يجب على القاضي أن يستند إليه ، عند إصداره الأحكام القضائية في القضايا المعروضة عليه ، حتى يكتسب حكمه الحجية ، فيصبح واجب النفاذ ، ومن هنا فقد وضع الفقهاء مجموعة من القواعد والضوابط الفقهية التي تخص المحكوم به ، ومن أهمها ما يلي :

القاعدة الأولى :

الأصل في القضاء الرد إلى الكتاب والسنة والإجماع .

القاعدة الثانية :

يندب للقاضي العالم بالحكم مشورة أهل العلم ، وإن كان جاهلاً تجب المشورة .

القاعدة الثالثة :

لا مساغ للاجتهاد في مورد النص .

القاعدة الرابعة :

الاجتهاد لا ينقض بمثله .

---

(١) انظر: ص ٦٤ من هذه الأطروحة .

القاعدة الأولى:

الأصل في القضاء الرد إلى الكتاب والسنة والإجماع [١] :

معنى القاعدة :

على القاضي أن يلتمس حكم الواقعة المعروضة عليه ، في كتاب الله ﷻ ، فإن وجد فيه حكمها قضى به ، وإلا فبسنة رسول الله ﷺ الصحيحة ، فإن وجد فيها الحكم قضى به ، وإلا فبما أجمع عليه علماء الأمة ، إن وجد وإلا يجتهد برأيه إن كان أهلاً لذلك ، حتى لا تضيع حقوق الناس .

ويمكن الاستدلال على القاعدة بما يلي :

١- ما رواه معاذ بن جبل ﷺ ، لما بعثه الرسول ﷺ إلى اليمن فقال: يا معاذ كيف تقصنع إن عرض لك قضاء ؟ قال: أقضي بكتاب الله ؟ قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد برأيي ولا آلو ،فضرب رسول الله على صدري ، وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله[٢] .

فالحديث صريح في أن على القاضي عند القضاء الرجوع إلى كتاب الله ثم إلى سنة رسول الله ﷺ ثم يجتهد برأيه [٣] ، إن كان أهلاً لذلك لأنه مأمور بأن يحكم باجتهاده لا باجتهاد غيره .

٢- ما روي أن عمر بن الخطاب ﷺ كتب إلى قاضيه شريح :" إذا جاءك شئ في كتاب الله

---

(١) الحريري ، إبراهيم محمد ، (١٩٩٩م) ، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام ط١ ، ١م ، دار عمار ، الأردن ، ص٥٦ ، بتصرف، وقد ذكرها الفقهاء في كتاب القضاء ، انظر : الحسام الشهيد : شرح أدب القاضي ، ص٢٢ ، السمناني ، روضة القضاة ، ج١ ، ص١٠٨ ، ابن فرحون تبصرة الحكام ج١ ، ص٥١ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص٥٩ ، النووي ، روضة الطالبين ج١١ ، ص٩٥ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٤٩٣ ، البهوتي ، كشاف القناع ،ج٦ ، ص٤٤٢ ، ابن حزم، المحلى ، ج٨ ، ص٤٢٧ ، الكويت ،الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٣٢٦ ، قراعة ، الأصول القضائية ، ص٢٩٨ ، الزحيلي ، نظام القضاء ، ص٢١٠ .

(٢) سبق تخريجه انظر: ص ٦٤ من هذه الأطروحة .

(٣) ويلاحظ هنا أن الإجماع لم يذكر في حديث معاذ ﷺ ؛ لأن الإجماع كمصدر للأحكام لم يظهر إلا بعد وفاة رسول الله ﷺ ،أما في حياته لم يكن الإجماع مصدراً للأحكام وإنما كان المصدر هو الوحي وليس شيئا غيره الزحيلي ، نظام القضاء ، ص٢١٠ ، الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص٥٦ .

فأقض به ولا يلهينَّك عنه الرجال ، فإن جاءك شئ ليس في كتاب الله ، ولا في سنة رسول الله ﷺ ، فانظر إلى ما اجتمع عليه الناس ، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ، ولا في سنة رسول الله ﷺ ولم يتكلم به أحد قبلك ، فاختر أي الأمرين شئت ، إن شئت أن تجتهد وتتقدم فتقدم ، وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، ولا أرى التأخر إلا خيراً لك [١] "[٢].

وهذا صريح في أن القاضي ينظر أولاً في كتاب الله ، ثم في سنة رسول الله ﷺ ثم فيما أجمع عليه الناس ثم يجتهد برأيه .

إذا تقرر ما سبق ، فعلى القاضي أن يلتزم بهذا النهج السديد ، وهذا الترتيب المشروع في الرجوع إلى مصادر الأحكام الشرعية لمعرفة الحكم الشرعي ، الذي ينطبق على الواقعة التي ينظرها ، وأن يبذل كل جهده في الوصول إلى الحكم الصحيح [٣] ، وإلا فإن حكمه لا يكتسب حجية الحكم القضائي ، بل يكون عرضة لنقضه وإبطاله ، ولذا اتفق الفقهاء على أن الحكم القضائي إذا خالف نصاً من كتاب الله ، أو سنة رسول الله ﷺ الصحيحة ، أو الإجماع، أو القياس الجلي فإنه ينقض[٤] .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- ادعت الزوجة أن زوجها طلقها ثلاثاً ، فعلى القاضي أن يحكم بالفرقة بين الزوجين ، وأنها لا تحل له إلا من بعد أن تنكح زوجاً غيره ، مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾ [٥] .

٢- أدعى رجل أن له على أخر ألف دينار ، فسأل القاضي المدعى عليه عن الدعوى فأنكر، فعلى القاضي أن يحكم بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر [٦] .

([١]) وهذا في زمانهم ؛ لأنه كان في المجتهدين كثرة ، فإذا امتنع الواحد عن الاجتهاد لم يُضع حكم الله عز وجل ، فأما في زماننا ففي المجتهدين قلة ، فلو امتنع عن الاجتهاد لأدى ذلك إلى ضياع حكم من أحكام الله ﷻ فلم يجز الامتناع ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٢٤ .

([٢]) المقدسي ، أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد ، (ت٦٤٣ هـ /١٢٣٨م) ، الأحاديث المختارة ، ط١ ، ١٠م ، (تحقيق : عبد الملك بن عبد الله)، مكتبة النهضة الحديثة ، مكة، ١٤١٠هـ ، وقال: **إسناده صحيح** ، ج١، ص٢٣٩ ، ابن أبى شيبة ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج٤ ، ص٥٤٣.

([٣]) الزحيلي ، نظام القضاء ، ص٢١١ .

([٤]) انظر: ص ٢٢٠ من هذه الأطروحة .

([٥]) سورة البقرة ، آية (٢٣٠) .

([٦]) انظر: ص ٩٧ من هذه الأطروحة .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

قد تبين فيما سبق [١] ، أن القضاء الشرعي الأردني ، يستمد أحكامه من نصوص الشريعة الإسلامية ، ولكنه بدل أن يترك الأمر لاجتهاد القاضي بمطالعة النصوص الشرعية، ومعرفة آراء الفقهاء ، صاغ هذه النصوص الشرعية والآراء الراجحة ، من وجهة نظره على شكل مواد قانونية [٢] ، متمثلة في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وقانون الأحوال الشخصية الأردني ، والزام المحاكم الشرعية التابعة له بتطبيق هذه المواد القانونية على الوقائع المعروضة عليها [٣] .

ولتحقيق هذه الغاية ، فقد منح القضاء الشرعي الأردني ، محاكم الاستئناف الشرعية التابعة له [٤] ، صلاحية مراقبة مدى تطبيق القانون ، والأحكام الشرعية بالنسبة للقضايا التي تنظرها المحاكم الابتدائية الشرعية ، ومنحها صلاحية إقرار الحكم ، أو فسخه ، أو تعديله ، وقد تصدر الحكم هي إن كان صالحاً لذلك [٥] .

---

(١) انظر: ص ٦٣ من هذه الأطروحة .

(٢) محاولة منه لوحدة الأحكام القضائية واستقرار القضاء ، وتوفير الوقت والجهد على القاضي ، ولإيصال الحقوق إلى أصحابها ، بأسرع وقت ممكن .

(٣) كما أوجب عليها الرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حفيفة ، في المسائل التي لا نص عليها ،قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٨٣) ، عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص ٢٥ ، ٢٩ ، ١٠٥ ، ١١١ ، وغيرها .

(٤) قانون تشكيل المحاكم الشرعية المادة (٢١) ،الظاهر ،التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص٣٥ ويوجد في الأردن ثلاث محاكم شرعية استئنافية ، عمان ، اربد ، القدس .

(٥) القرارات الاستئنافية المتعلقة بذلك ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية والأحوال الشخصية ، عمرو ، القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية ، والأحوال الشخصية والتي تعرضت لذكر بعض هذه الأمثلة فيما سبق .

القاعدة الثانية :
يندب للقاضي العالم بالحكم مشورة أهل العلم
وإن كان جاهلاً تجب المشورة [١]:

معنى القاعدة :

على القاضي إذا لم يجد حكماً للقضية المعروضة أمامه ، لا في كتاب الله ، ولا في سنة رسول الله ﷺ ، ولم ينعقد الإجماع عليها ، فعليه حينئذ أن يجتهد برأيه إن كان أهلاً للاجتهاد، وهنا يستحب له أن يشاور أهل العلم ، لأنه مأمور بتحري الحق ، ولا شك أن مشاورة العلماء تعينه على ذلك ، وتتأكد المشاورة بل تجب إذا كان جاهلاً بالحكم ، حتى لا يقضي بخلاف الحق فيصدق فيه حديث النبي ﷺ :"القضاة ثلاثة : واحد في الجنة ، واثنان في النار ، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار " [٢] .

وجه الدلالة : فالحديث يدل بمنطوقة على أنه يجب على القاضي أن يحكم بالحق إذا عرفه فيكون من أهل الجنة ، وأن القاضي لا يعذر بجهله الحكم ، بل جعل من حكم بجهل من أهل النار ، ويفهم من ذلك أن على القاضي أن يسلك كل طريق توصله إلى الحق ، ولا شك أن مشاورة أهل العلم ، تبدد ظلام جهله إن كان جاهلاً وتنير له الطريق إن كان عالماً .

والمشاورة مبدأ عظيم من أهم المبادىء التي حرص الإسلام عليها ، فقامت دولته على أساسها ، فغدت قاعدة من قواعد الحكم فيه .

---

(١) الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ،ص٨٤ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٧٦ ، روضة القضاة ، ج١ ، ص١٠٧ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٣٣ ، ميارة، شرح ميارة الفاسي على تحفة الأحكام، ج١ ، ص٢٣ الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٩١ ، وقد أورد القاعدة بقوله :"إذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة ، وإلا فمستحبة "، البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج٣ ، ص٤٩٩ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٣٣١ .

(٢) أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب الأقضية ، باب في القاضي يخطئ ، وقال أبو داود :وهذا أصح شيء فيه ،ج٣ ، ص٩٩ ، الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ، ج٤ ، ص١٠١ ، الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي ، ج٣، ص٦١٣ ، **الحديث صحيح ،واللفظ لأبي داود** .

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بأدلة كثيرة أهمها [١] :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ ﴾ [٢] قال الحسن البصري :"إن كان رسول الله ﷺ لغنياً عن مشاورتهم ، ولكنه أراد أن يستن بذلك الحكام من بعده" [٣] .

ثانياً: وقوله تعالى : ﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ ﴾ [٤]، قال الحسن البصري في هذه الآية : "والله ما تشاور قوم قط إلا وفقهم الله تعالى لأفضل ما يحضرهم "[٥] ، والمعنى لأفضل ما يطلبونه فإنهم بالمشورة يطلبون شيئاً وهو الصواب ، فالله ﷻ يوفقهم لذلك [٦] .

ثالثاً : ما ثبت عن النبي ﷺ أنه كان يشاور أصحابه في كثير من الأمور حتى قال أبو هريرة ﷺ: " ما رأيت أحداً كان أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله ﷺ [٧] ، فقد شاورهم عليه الصلاة والسلام في غزوة بدر وفي أسرى تلك الغزوة ويوم حفر الخندق وغيرها كثير.

رابعاً : فعل الصحابة رضي الله عنهم ، فقد كان الواحد منهم يكون عنده جماعة من أصحاب

---

(١) هذا وقد اختلف الفقهاء في حكم المشورة من قبل القاضي على ثلاثة أقوال :

الأول : جمهور الفقهاء على استحباب مشاورة القاضي غيره من الفقهاء .

الثاني : وجوب المشاورة وبخاصة في المسائل المشكلة وهو قول أخر عند المالكية .

الثالث : عدم جواز المشاورة بالنسبة للقاضي الجاهل وبه قال ابن حزم الظاهري .

انظر تفصيل هذه المسألة : أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٣٣٧ ، والذي أراه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ؛ لأن هذا القول يحقق الغاية من القضاء ، وهي إيصال الحقوق إلى أصحابها ويبعث الطمأنينة في حكم القاضي ؛ لأنه بالمشاورة يكون أقرب للصواب والله أعلم .

(٢) سورة آل عمران آية (١٥٩) .

(٣) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٣٤ ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٩١ ، وفي ذلك يقول الكاساني :" قد ندب الله ﷻ رسوله ﷺ إلى المشاورة مع انفتاح باب الوحي فغيره أولى" ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٥٣ .

(٤) سورة الشورى آية (٣٨) .

(٥) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٣ ، ص٣٤٠ ، وهذا لا يمكن أن يقوله الحسن البصري من جهة الاجتهاد و الرأي ، وإنما قاله توقيفاً ؛ لأنه أخبر عن أمر في الغيب الذي لا يطلع عليه إلا الله ﷻ ، فلا يصل إلى معرفته إلا من جهته ، الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص٨٤ .

(٦) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٧٦ .

(٧) الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ / ٨١٩م) ، مسند الشافعي، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، **والحديث ضعيف الإسناد** ، وإن كان معناه صحيحاً ، ولذا قال : ابن حجر – رحمه الله – ورجاله ثقاتاً إلا أنه منقطع ، ابن حجر ، فتح الباري ، ج١٣ ، ص٣٤٠ .

رسول الله ﷺ ، فإذا نزل به أمر شاورهم فيه حتى قال ابن قدامة : بعد أن ذكر فعل الصحابة في ذلك ، ولا مخالف في استحباب ذلك [١] .

خامساً : المعقول : فإن الإحاطة بجميع العلوم متعذرة ، وقد يتنبه لإصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون القاضي فكيف بمن يساويه ، أو يزيد عليه [٢] ،والمشاورة تساعد القاضي على انكشاف ما غمض ، أو خفي عليه ، ويستبين بها أوجه الاجتهاد في المسألة ، وما قيل فيها من أقوال أهل العلم [٣] ، فيخرج بأقرب هذه الأقوال إلى نصوص الشريعة الإسلامية وروحها ، ومقاصدها ويبرئ ذمته ، أمام الله ﷻ في بذل غاية وسعة للوصول إلى الحق.

إذا تقرر ما سبق فعلى القاضي أن يشاور العلماء الأمناء [٤] ،ولذا قال الشافعي –رحمه الله – :" ولا ينبغي له أن يشاور جاهلاً لأنه لا معنى لمشاورته ، ولا عالماً غير أمين فإنه ربما أضل من يشاوره ، ولكن يشاور من جمع العلم والأمانة" [٥] .

وعلى القاضي أن يشاور العلماء من مختلف المذاهب [٦] ، الموافقين له والمخالفين

---

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج١٠ ، ص١٠٠ .

(٢) ومن لطائف ما ذكر في ذلك :" ما روي أن كعباً بن سوار كان جالساً عند عمر فجاءته امرأة فقالت : يا أمير المؤمنين ما رأيت قط رجلاً أفضل من زوجي ، والله إنه ليبيت ليله قائماً ،ويظل نهاره صائماً ، فاستغفر لها، وأثنى عليها وقال : مثلك أنثى خير قال :استحيت المرأة فقامت راجعة فقال كعب : يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها؟ قال : وما شكت ؟ قال : زوجها أشد الشكاية قال: أوذاك أرادت ؟ قال : نعم ، قال : ردوا عليَّ المرأة ، فقال :لا بأس بالحق أن تقوليه إن هذا زعم أنك جئت تشكين زوجك، أنه يجتنب فراشك ،قالت : أجل إنني امرأة شابة وإني لابتغي ما تبتغي النساء ، فأرسل إلى زوجها فجاء ،فقال لكعب : اقض بينهما ،قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضي بينهما ، قال : عزمت عليك لتقضين بينهما ، فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهم ، قال : فإني أرى كأن عليها ثلاث نسوة ، وهي رابعتهم فأقضي له بثلاثة أيام بلياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة ، فقال عمر : والله ما رأيك الأول أعجب إليّ من الأخر ، اذهب فأنت قاضٍ على البصرة "، ابن قدامة ، المغني ، ج١٠ ، ص١٠٠ .

(٣) الزحيلي ، نظام القضاء ، ص٢١٧ ،وقال الكاساني:"ولأن المشاورة في طلب الحق من باب المجاهدة في الله ، فيكون سبباً للوصول إلى سبيل الرشاد ، قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا ﴾(سورة العنكبوت ، آية ٦٩)، بدائع الصنائع ،ج٥ ، ص٤٥٣ ، .

(٤) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٧٥ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٥٣ .

(٥) الشافعي ، الأم ، ج٧ ، ص٩٥ .

(٦) الشرنبلالي ، غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام ، ج٢ ، ص٤٠٦ ، الحطاب، مواهب الجليل ، ج٦ ، ص١١٧ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص١٤١، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦، ص ٣٩٩،هذا وقد فضل بعض أهل العلم أن يكون الفقهاء المشاورون من مذهب القاضي فالحنفي يحضر فقهاء مذهبه =

ويسألهم عن حججهم ويحاورهم ، ويناقشهم فإن ذلك كما قال ابن قدامة ـ رحمه الله ـ : " أسرع لاجتهاده وأقرب إلى صوابه" [١] ، فإن حكم باجتهاده بعد مشاورتهم فليس لأحد الاعتراض عليه ؛ لأن ذلك افتئات عليه ، إلا أن يحكم بما يخالف نصاً أو إجماعاً [٢] ، فإن قيل فما فائدة المشاورة إذن ؟ أقول فائدة المشاورة بالنسبة للقاضي ليتضح له الحكم ، لا ليقلدهم لأنه مأمور بأن يقضي باجتهاد نفسه لا باجتهاد غيره ، فيسمع ما عندهم ، ويعرضه على رأيه ويتنبه للأدلة والمشكلات فيكون ذلك معونة له على تذليل طرق الاجتهاد، ومعرفة مسالك العلة [٣]، فيصل إلى الحق في حكمه .

والمشاورة تكون في النوازل والأمور المشكلة التي تختلف وجهات النظر فيها، وتتعارض الأدلة في شأنها ، وفيما يشتبه على القاضي وجه الحكم فيها ، فأما الحكم المعلوم بنص ، أو إجماع ، أو قياس جلي فلا مشاورة فيه ، فإن لم يكن الأمر كذلك شاورهم ونظر إلى أقوالهم وأدلتهم ، فإن اتفقوا على شئ أمضاه [٤]، وإن اختلفوا نظر إلى أحسن أقاويلهم ، وأشبهها بالحق فأخذ به ،ولكن إن رأى خلاف رأيهم فإن استحسنه وأشبه الحق قضى به ؛ لأن إجماعهم لا ينعقد بدون رأيه ، وهو واحد منهم ، ولأن رأيه أقوى في حقه من رأى غيره ، فلو قضى برأيه كان قاضياً بما هو الصواب عنده ، وإذا قضى برأي غيره كان قاضياً بما عنده أنه خطأ وقضاؤه بما عنده هو الصواب أولى ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد والرأي نظر إلى أفقههم عنده وأورعهم فقضى بفتواه [٥] .

والمشاورة ينبغي أن لا تكون أمام الخصوم [٦]، وذلك حتى لا يعلم الخصوم ما

=وهكذا ولكن الصواب أن يحضرهم من مختلف المذاهب، لأن الحق لا ينحصر في مذهب، وفي هذا أيضا ابتعاداً عن التعصب المذهبي ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٣٤٢ ، ولكن القاضي إذا كان مقيداً بمذهب معين فلا بد من مشاورة من هم على مذهبه دون غيرهم ، لأن القضاء كما تبين سابقاً يقبل التخصيص .

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج١٠ ، ص١٠١ .

(٢) البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٣٩٩ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ج٣ ، ص٤٩٩ .

(٣) ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١١٠ .

(٤) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٧٧ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٣٣٢ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص٨٤ .

(٦) وفي ذلك يقول السرخسي :" لا ينبغي للقاضي أن يدع المشاورة وإن كان فقيهاً في غير مجلس القضاء" المرجع لسابق ، ج١٦ ، ص٦٦ ، وهذا ما يعرف اليوم بفكرة المداولة قبل إصدار الحكم في غرفة =

يدور بين القاضي وبين من يشاوره ، وبين ما يعزم عليه رأيه[١] لما في هذا من ضمان لتحقيق العدالة واحقاق الحق ، كما أن الانشغال بالمشورة في مجلس القضاء ربما يحول بينه ، وبين فصل القضاء ، وقد يكون سبباً لازدراء الخصوم للقاضي ، فيظنُ أن القاضي لا يعرف حتى يسأل غيره[٢] ، وفي هذا إسقاط لهيبة القاضي من أعين الخصوم ، الأمر الذي ينبغي الاحتراز منه ما أمكن.

و قاعدة المشاورة تتقيد بكل مسألة لم يتضح للقاضي وجه الحكم فيها بنص من كتاب الله ، أو سنة صحيحة ، أو إجماع ، أو قياس جلي ، فلو اتضح للقاضي الأمر وعرف المحق من المبطل ، فعلى القاضي أن يقضي بذلك ولا يشاور[٣]؛ لأن في ذلك تأخير الحق عن صاحبه وهذا لا يصح .

من الأمثلة على القاعدة :

١- ما فعله الصحابة رضي الله عنهم ، فقد شاور أبو بكر ﷺ ، الناس في ميراث الجدة ، وشاور عمر ﷺ في دية الجنين ، وشاور الصحابة في حد الخمر [٤] .

٢- إذا ادعى أحد الورثة على مورثه ، أنه مجنون لا يحسن التصرف بماله قاصداً بذلك الحجر عليه فعلى القاضي أن يستشير أهل الاختصاص من الأطباء ممن يثق في دينه ، وأمانته قبل أن يصدر حكمه .

= خاصة وهو ما عليه العمل في كثير من القوانين الحديثة ،وذهب بعض الفقهاء إلى القول: بعلنية المشاورة أمام الخصوم فيذكرون ما عندهم إذا سألهم ولا يبتدئون بالاعتراض، والرد على حكمه إلا إذا كان حكماً يجب نقضه ،النووي ، روضة الطالبين ،ج١١ ، ص١٤٢ ، وذكروا أن عثماناً ﷺ شاور علياً وطلحة ، والزبير -رضي الله عنهم -بمحضر من الخصوم، ويرد على هذا أن عثمان ﷺ كان يقضي في الصدر الأول للذين شهد لهم رسول الله ﷺ بالخيرية ، ووصفهم بالأمانة، فكان تقدمهم إلى القاضي لاشتباه الأمر عليهم ، فإذا ظهر ذلك انقادوا له ، أما في زماننا فقد فسد الزمان وخان الناس فلا يؤمن إن عرفوا ما يريد القاضي أن يقضي به فيحتالون لدفعه، فلذلك لا يشاور الفقهاء بحضرة الخصوم، ولكنه إذا أراد مشاورتهم ومناظرتهم فعل ذلك بعد ذهاب الخصوم من بين يديه؛ لأنه أحوط ، أو يكتب في رقعة فيدفع إليهم أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصوم ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٧٥ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ص٤٥٧.

(١) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٧٥ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص٦٦ ، ص٧١ .

(٣) السمناني ، روضة القضاة ، ج١ ، ص١٠٨ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٧٧ .

(٤) الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٣٣٢ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القاضي في القضاء الشرعي الأردني بشر يصيب ، ويخطئ ، ولربما تغيب عنه بعض الأمور التي يحتاج فيها إلى سؤال أهل العلم ، والخبرة ، في مجال عمله ، ولذا فإن الباحث يمكنه القول ، بأن القضاء الشرعي الأردني يأخذ بقاعدة المشاورة ، ويظهر ذلك من خلال ما يلي :

أولا : قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- فقد أوجب على القاضي إعطاء الحكم فور تفهم الطرفين انتهاء المحاكمة إن كان ممكنا ، وإلا ففي خلال عشرة أيام من انتهاء المحاكمة ، إذا كان الحكم يحتاج إلى التدقيق ، وتغيب الطرفين أو أحدهما في هذه الحالة لا يمنع المحكمة من إصدار حكمها [١] .

فمنح القاضي مدة عشرة أيام يصدر خلالها الحكم فرصة له لمراجعة ملف القضية ، ومشاورة أهل العلم والقضاء إن إلتبس عليه أمر من الأمور ، حتى يهتدي إلى الرأي الصواب الذي يتعبد الله به ، فيطمئن بذلك قلبه وينشرح -لإيصال الحقوق إلى أصحابها- صدره ، فيصدر حكمه بعد أن استفرغ جهده في الوصول إلى الحق فتبرأ ذمته أمام الله سبحانه وتعالى .

٢- لقد أجاز القانون الطعن في المستندات العرفية بالإنكار والتزوير [٢] ، وأوجب على القاضي في هذه الحالة إجراء معاملة التطبيق من قبل خبراء [٣] ، ويباشرون العمل تحت إشرافه أو إشراف نائبه ، وبحضور الطرفين وفق إجراءات معينة [٤] .

والقاضي لا يستطيع الحكم على هذه المستندات العرفية بأنها صحيحة ، أو أنها مزورة من تلقاء نفسه ، وإنما عليه أن يستشير ويستعين بأهل الخبرة والاختصاص في هذا المجال للوقوف على حقيقة الأمر .

٣- القانون أحال في بعض القضايا كتعيين مقدار النفقة ، أو أجر المثل ، إلى أهل الخبرة والاختصاص في هذا الأمر ، إذا لم يتفق الخصوم على ذلك [٥] .

٤- القانون أوجب على القاضي استشارة الطبيب المختص بإثبات الأمراض التي توجب فسخ

---

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٠١) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (٧٧) .

(٣) المرجع السابق ، المادة ، (٧٨ ، ٧٩) .

(٤) المرجع السابق ، المادة (٨٠-٨٣) .

(٥) المرجع السابق ، المادة (٨٤) .

النكاح:" يثبت الجنون ، والعته ، والأمراض التي توجب فسخ النكاح ، في دعوى الحجر وفسخ النكاح ، بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة ، وإذا لم يكن مآل التقرير مع شهادة الطبيب باعثاً على الطمأنينة يحال الأمر إلى طبيب أخر ، أو أكثر" [١] .

ثانيا : قانون الأحوال الشخصية الأردني :

١- فقد أجاز للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون ، أو عته ، إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة [٢] .

فالقاضي لا يملك أن يجيز للمجنون ،أو من به عته بالزواج ما لم يثبت أن له مصلحة من هذا الزواج مؤيد بتقرير طبي ، أي أن القاضي يستشير الطبيب في مثل هذه الحالة .

٢- القانون أجاز لكلا الزوجين طلب التفريق لوجود علة لا يمكن المقام مع أحدهما إلا بضرر، ولكنه أوجب على القاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن: ينظر فإن كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال ، وإن كان يوجد أمل بالشفاء ، أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة ،وإلا يفرق بينهما إذا أصر الزوج على الطلاق،وأصرت الزوجة على طلبها[٣] .

٣- القانون أوجب على القاضي في حالة عجزه عن الإصلاح بين الزوجين في دعوى النزاع ، والشقاق أن يحيل الأمر إلى حكمين ، ويفضل أن يكون أحدهما من أهل الزوجة ، والأخر من أهل الزوج ، وإن لم يتيسر ذلك حكَّم القاضي رجلين من ذوي الخبرة ، والعدالة ، والقدرة على الإصلاح [٤].

ثالثاً : عمل محكمة الاستئناف الشرعية :

فإن الناظر في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، يجد أنها حريصة كل الحرص على أن يقوم القاضي بمشاورة أهل الخبرة والفن ، في القضايا التي نص عليها القانون ، وفيما يلي بعض الأملثة على ذلك :

١- انتخاب خبراء :تكلف المحكمة الطرفين الاتفاق على مقدار النفقة ، أو الأجرة ، فإذا لم يتفقا تكلف الطرفين لانتخاب الخبراء ، فإذا لم يتفقا تنتخبهم المحكمة [٥] .

---

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٩٠) .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٨) .

(٣) المرجع السابق ، المادة (١١٦) .

(٤) المرجع السابق ، المادة (١٣٢/فقره جـ) .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٨٦٨٧) ، تاريخ ١٩٩٥/٤/٥ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ،ج ١ ، ص٢٤٤ .

٢- خبير مضاهاة :" ... تبين أن عملية المضاهاة التي أجراها خبير التطبيق لتوقيع المتوفى على المستند الخطي المبرز من المدعي بينة على الدعوى ، لم تكن تحت إشراف المحكمة الابتدائية ، وحضور الطرفين المتداعيين وفقا للمادة (٨٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وعلى ذلك فقد كان اعتماد المحكمة الابتدائية لتقرير الخبير في غير محله ومخالفاً للمادة المذكورة" [١] .

٣- تفريق للعنة : "... التفريق للعنة دون إمهال بناءً على تقرير الطبيب المؤيد بشهادته ، الذي جزم بعنة المدعى عليه ، وعدم إمكان زوالها منه ، مع أن العنة من العلل القابلة للزوال غير صحيح، وعلى فرض وجود العلة المذكورة بالمدعى عليه ، فالشريعة الإسلامية منحت مهلة شرعية قدرها سنة واحدة قمرية ، من يوم تسليم الزوجة نفسها له [٢] .

٤- نفقة الزوجة :" ... الخبراء الذين قدروا النفقة لم يذكروا اسم المستأنف الذي قدروا عليه النفقة ، ولا اسم المستأنف عليها في إخبارهم ، فكانت خبرتهم غير صحيحة [٣] .

---

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٦٥٠٠) ، تاريخ ١٩٧٠/١٢/١٦ م ، المرجع السابق، ج١ ، ص٢٧٠ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٠٠٢٦) ، تاريخ ١٩٧٨/٤/٢٧ م ، المرجع السابق، ج١ ، ص٣٣٢ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٤٤٤٥٧) ، تاريخ ١٩٩٨/٣/١٥ م، المرجع السابق ، ج٢، ص١١٨٩ .

القاعدة الثالثة :

لا مساغ [١] للاجتهاد [٢] في مورد النص [٣] :

معنى القاعدة :

الاجتهاد لا يجوز في مسألة شرعية ، ورد فيها نص [٤] واضح وصريح بحكمها؛ لأن الاجتهاد إنما يكون فيما لا نص فيه ، أو فيما فيه نص ولكن معناه محتمل ، فيجتهد الفقيه أو القاضي في فهم ذلك النص [٥] ، فالحكم الشرعي حاصل بالنص ، فلا حاجة لبذل الواسع في تحصيله [٦] ؛ لأن في ذلك مضيعة للوقت ، وتأخير لوصول الحق لصاحبه ، وهذا محرم شرعاً.

وتكمن أهمية هذه القاعدة في أنها تعتبر قيداً في الاجتهاد الفقهي ، وفيها إيماء للمفتين والقضاة بأن يقفوا عند حدود النص ، ويقصروا أنظارهم أن تتطلع ، وأعناقهم أن تمتد إلى مجاوزة ما فوض إليهم من الاجتهاد في ترجيح إحدى روايتين متساويتين ، أو أحد قولين متعادلين يختلف الترجيح بحسب الحوادث ، والأشخاص إلى ما لم يفوض إليهم [٧] ، ومن هنا فقد ذكر الفقهاء أن قضاء القاضي إذا خالف نصاً ، أو إجماعاً ، أو قياساً

---

(١) مساغ : من ساغ سوغاً، يقال ساغ الأمر أي جاز فعله فهو سائغ ،المنجد في اللغة والأعلام ، ص٣٦٧.

(٢) الاجتهاد : من الجهد بالفتح والضم ، وهو الطاقة والمشقة ، المناوي ، التعاريف ، ص٣٥ ، وفي الاصطلاح : هو بذل الجهد في استخراج الأحكام من شواهدها الدالة عليها بالنظر المؤدي إليها ، السمعاني ، منصور بن محمد ، (ت٤٨٩هـ /١٠٩٧م) ، قواطع الأدلة في الأصول ، ط١ ، ١م ، (تحقيق : محمد حسن إسماعيل) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م، ج٢ ، ص٣٥٣ ، زكريا الأنصاري ، الحدود الأنيقة ، ص٨٢ .

(٣) عميم الإحسان ، قواعد الفقه ، ص١٠٨ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٣٢ ، أحمد ازرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٤٧ ، شبير ، شرح القواعد الكلية ، ص٣٦١ ، وهذه القاعدة أصولية ولكن ذكرناها هنا لكثرة الحاجة إليها وشيوع استعمالها في كتب الفقه ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص١٤٨ .

(٤) يقسم اللفظ من حيث قوة الوضوح إلى أربعة أقسام: الظاهر ، والنص ، والمفسر ، والمحكم ، وهذا التقسيم من الأقل وضوحاً إلى الأقوى ،وعليه فإن اللفظ الذي لا مساغ للاجتهاد فيه هو: المفسر ، والمحكم لأنهما لا يحتملان التأويل بخلاف الظاهر والنص ، الدريني ، فتحي، (١٩٨٥م) ، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ، ط٢، ١م ، الشركة المتحدة للتوزيع ، سوريا ، ص٤٠ .

(٥) شبير ، القواعد الكلية ، ص١٦٢ .

(٦) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٤٧ .

(٧) المرجع السابق .

جلياً، فإنه واجب النقض [١] ؛ لأن اجتهاد القاضي هنا في مقابلة النص ، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص ٠

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بأدلة من القرآن ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول ، وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : من القران الكريم : فقد ورد في القرآن الكريم آيات كثيرة ، توجب على المسلم الاحتكام إلى أمر الله سبحانه وتعالى ورسوله محمد ﷺ ، وتسليم الأمر لهما والانقياد لحكمهما ، ومن ذلك ما يلي [٢] :

١- قوله تعالى :﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الكَافِرُونَ ﴾ ﴿ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ ﴿هُمُ الفَاسِقُونَ ﴾ [٣]

يقول ابن القيم -رحمه الله -:" فأكد هذا التأكيد وكرر هذا التقرير في موضع واحد لعظم مفسدة الحكم بغير ما أنزله ، وعموم مضرته وبلية الأمة به " [٤] .

٢- قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ المُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُوْلَئِكَ هُمُ المُفْلِحُونَ ﴾ [٥] ، فالآية واضحة الدلالة ، في أنه يجب على المسلم ، أن يكون موقفه أمام أمر الله وأمر رسوله ﷺ السمع والطاعة في تنفيذ هذا الأمر كما هو منصوص عليه .

ثانياً: السنة النبوية : ما ورد في الصحيحين من حديث ابن عباس أن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي ﷺ فقال عليه السلام : "أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين ٠٠٠٠ الحديث فجاءت به على النعت المكروه فقال النبيﷺ :لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"[٦].قال ابن القيم رحمه الله : يريد – والله أعلم – بكتاب الله قوله تعالى :﴿ وَيَدْرَأُ عَنْهَا العَذَابَ

---

[١] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٠٨ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٤٠٥ ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٣٧ ، وألحق بعض الفقهاء القواعد الكلية ، وشروط الواقف بالنص الذي لا مساغ للاجتهاد به ، وقالوا شرط الواقف كنص الشارع ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٠٨، القرافي، الفروق ج٤ ، ص٩٧ .

[٢] ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج٢ ، ص١٩٩ ٠

[٣] سورة المائدة ، آية (٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧) .

[٤] ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج٢ ، ص١٩٩ ٠

[٥] سورة النور ، آية (٥١) ٠

[٦] البخاري ،صحيح البخاري ، كتاب التفسير ، باب ويدرأ عنها العذاب ، ج٤ ، ص١٧٧٢ .

أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَات بِاللَّه إِنَّهُ لَمِنَ الكَاذِبِينَ ﴾ (١) ، ويريد بالشأن – والله أعلم – أنه عليه الصلاة والسلام كاد يحدُّها لمشَابهة ولدها للرجل الذي رميت به ، ولكن كتاب الله فصل الحكومة، وأسقط كل قول وراءه ، ولم يبق للاجتهاد بعده موقع (٢) .

ثالثاً : الإجماع : فقد نقل ابن القيم ـرحمه الله ـ بعد أن ذكر كثيراً من الآثار عن الصحابة التي تدل على وجوب الرجوع إلى حكم الله ، وحكم الرسول ﷺ ، وترك الاجتهاد المخالف لهما بقوله:" أجمع الناس على أن من استبانت له سنة عن رسول الله ﷺ لم يكن له أن يدعها لقول أحد الناس"(٣) .

رابعاً: المعقول : فالاجتهاد ظني ، والحكم الحاصل به ظني ، بخلاف الحاصل بالنص ، فإنه يقيني ، ولا يترك اليقيني للظني (٤) .

من خلال ما سبق ، يتبين حرمة الاجتهاد من قبل القاضي فيما ورد فيه نص ، واضح صريح لا مجال للتأويل فيه ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا كيف يمكن التوفيق بين هذا القول وبين قول النبي ﷺ :" إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر" (٥) ؟ وللإجابة عن هذا التساؤل أقول :إن قول النبي ﷺ يحمل على المسائل التي يكون فيها النص محتملاً ، فهنا على القاضي ، أو المجتهد ، أن يجتهد في طلب
الحق وله الأجر في الحالتين إن أصاب ، أو أخطأ بعد استفراغ جهده في طلب الحق (٦)

---

(١) سورة النور آية (٨).

(٢) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج٢ ، ص٢٠٠ .

(٣) المرجع السابق ومن ذلك ما روي عن أبي ذئب أنه قال:قضى سعد بن إبراهيم على رجل بقضية برأي ربيعة فأخبرته عن النبي ﷺ بخلاف ما قضى به، فقال سعيد لربيعة: هذا ابن أبي ذئب وهو عندي ثقة يخبرني عن النبي ﷺ بخلاف ما قضيت به فقال له ربيعة:قد اجتهدت ومضى حكمك، قال سعد: واعجبا! أنفذ قضاء سعد بن أم سعد وأرد قضاء رسول الله ﷺ ، بل أرد قضاء سعد وأنفذ قضاء رسول الله ﷺ فدعا سعد بكتاب القضية فشقه وقضى للمقضي عليه ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج٢ ، ص٢٠١ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب أجر الحاكم إذا اجتهد ، ج٦، ص٢٦٧٦ مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الأقضية ، باب بيان أجر الحاكم ، ج٣ ، ص١٣٤٢ ، **واللفظ لهما** .

(٦) العلائي ، المجموع المذهب ، ج٢ ، ص١٦٧ ، القرافي ، الفروق ،ج٢ ، ص٢٦٥ ، فالمجتهد إذا بذل وسعه أجر، فإن أصاب ضوعف أجره ، لكن لو أقدم فحكم أو أفتى بغير علم لحقه الإثم، قال ابن المنذر:" إنما يؤجر الحاكم إذا أخطأ إذا كان عالماً بالاجتهاد فاجتهد ،وأما إذا لم يكن عالماً فلا بد أن يكون جامعاً لآلة الاجتهاد " ، ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٣ ، ص٣١٩ .

أما المسائل التي ورد فيها نص صريح واضح ، فهذا لا مساغ للاجتهاد فيه بل على القاضي أو المجتهد أن يقول كما أمر الله سبحانه وتعالى سمعنا واطعنا ، فيقف القاضي عند هذا النص ولا يتعداه لا باجتهاد من نفسه ولا من غيره ، والله أعلم .

من الأمثلة على القاعدة [1] :

١- قوله تعالى :﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ ﴾ [2]، فلو طلبت البنت من القاضي مساواتها بأخيها في الميراث ، فهنا لا مساغ للقاضي أن يجتهد في هذه المسألة ، بل يرد طلبها ، ويحكم وفق ما حكم الله ﷻ .

٢- قول النبي ﷺ : " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه[3]، فهذا نص صريح ، فلا يجوز لأحد المجتهدين ، أو القضاة أن يجتهد ، أو يحكم بخلافه ، ويقول بحكم يناقضه ، كأن يقول : بأن البينة على المدعى عليه ، واليمين على المدعي [4] .

---

(١) ابن الطيب ، محمد بن علي (ت٤٣٦هـ/١٠٤٤م) ، المعتمد في أصول الفقه، ط ١، ٢م ، (تحقيق : خليل لميس) ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ ، ج٢ ، ص١٧٥ ، السبكي ، الإبهاج ، ج٣ ، ص٢٤٨، ابن القيم ، أعلام الموقعين ،ج٢ ، ص٢٠١ ، المحاسني ، شرح المجلة ، ج١ ، ص٤٤ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٣٣ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ،ص١٤٨، الزحيلي ،القواعد الفقهية ، ص٤٤٥، شبير، القواعد الكلية، ص٣٦٦ .

(٢) سورة النساء ، آية (١١) .

(٣) انظر: ص ٢٦ من هذه الأطروحة .

(٤) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٣٣ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القاضي في القضاء الشرعي الأردني ، ملزم بتطبيق كل من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وقانون الأحوال الشخصية ، وما استقرا عليه اجتهاد محاكم الاستئناف الشرعية، ولذا فإنه لا يحق للقاضي في القضاء الشرعي الأردني ، أن يجتهد بما يخالف ذلك ، وتأكيداً على هذا المعنى فقد جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ما يلي : " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص "[١] .

ومن الأمثلة على ذلك:

أولاً : اجتهاد المحكمة الشرعية الابتدائية في تسمية الحكمين مصلحين :

"وذلك لأن المحكمة الابتدائية أطلقت على الشخصين اللذين بعثتهما للإصلاح بين المدعين اسم مصلحين رغم أن الفقرة ج من المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية المعدلة بالمادة السادسة من القانون المؤقت رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠١ [٢] سمتهما حكمين ، وعلى المحكمة الابتدائية التقيد بالاسم الذي وضعه القانون ، ولا تجتهد في وضع اسم لهما من عندها ، إذ لا اجتهاد في مورد النص "[٣] .

ثانياً :اجتهاد المحكمة الشرعية الابتدائية في يمين الاستظهار: ومثاله ما يلي :

" يمين الاستظهار التي حلفتها المدعية خلت من ذكر اسم المتوفى الموروث ، وأيضاً فإن ما ذكر في آخر صيغة اليمين (وليس لي في مقابل هذا الحق أو بعضه رهن) غير صحيح ،ولا يتفق مع الصيغة التي حددها الفقهاء في يمين الاستظهار، وجرى تعميمها على المحاكم الشرعية والتي جاء فيها (ليس للميت المرحوم .. في مقابل هذا الدين ، وهذا المهر كله أو بعضه رهن) لذلك كان الحكم للمدعية بمهرها المؤجل على تركة زوجها غير صحيح ، وسابقاً لأوانه فتقرر فسخه،وإعادة القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب"[٤]،وذلك لأنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٣٥٧٠) تاريخ ١٩٨٣/٣/١٢م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ،ج١ ، ص٢٦٤ ، هذا وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك في المادة (١٤) لامساغ للاجتهاد في مورد النص ، علي حيدر ، درر الحكام ،ج١ ، ص٣٢ ، كما نص على ذلك القانون المدني الأردني المادة (٢/ فقره ١) .

(٢) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (٦) حيث نصت :"...حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما" .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٩٢٩٢) ، تاريخ ٢٠٠٣/١١/١٠م .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية عمان ، قرار رقم (٣٧٩٢٤) تاريخ ١٩٨٢/٦/١٢ م، داود ،القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص١٨٤ .

ثالثاً : اجتهاد المحكمة الشرعية الابتدائية في صلاحية المحكمة للنظر في الدعوى : ومثاله ما يلي : "…. المستأنف دفع دعوى المستأنف عليها ، بعدم صلاحية المحكمة الابتدائية المكانية لرؤيتها ،نظراً لإقامة المستأنف عليها عند أهلها في الزرقاء ، قبل تاريخ إقامة الدعوى وحتى الآن ، وأن محكمة الزرقاء الشرعية هي صاحبة الصلاحية للنظر فيها ، وقد كلفت المحكمة الابتدائية للمستأنف لإثبات هذا الدفع ، واستمعت إلى بينته الشخصية ، وقبل أن تكمل إجراءاتها القضائية في ذلك عادت ورأت أن المستأنف ما دام يقيم خارج المملكة ، فلا موجب لإقامة الدعوى مكان إقامة المستأنف عليها بالزرقاء ، وقررت صلاحية المحكمة ، وهذا اجتهاد من المحكمة الابتدائية يتعارض مع ما نصت عليه المادة (٣) ، من قانون أصول المحاكمات الشرعية من أنه إذا لم يكن للمدعى عليه محل إقامة في المملكة فالدعوى ترفع أمام المحكمة التي يقيم فيها المدعي ضمن حدود المحكمة [١] ، ولا اجتهاد في مورد النص [٢] .

رابعاً : اجتهاد المحكمة الشرعية الابتدائية في أن الحجر يتم على المجنون ، أو المعتوه بإشهاد شرعي ومثاله ما يلي :

" …..لقد ظهر بجلاء أن المشرع الأردني في المادة (٩٠) [٣] قد حصر طريق ثبوت الجنون والعته في تقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة ، وأن يكون ذلك في دعوى ، وهذا نص صريح في موضوع الدعوى ، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص" [٤].

---

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٣) .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٢٩٧٦) ، تاريخ ١٩٨٢/٦/١٩م، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٣١١ .

(٣) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٩٠) : " حيث نصت يثبت الجنون والعته والأمراض التي توجب فسخ النكاح في دعوى الحجر ، وفسخ النكاح في تقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة ".

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٠٨٥٣) ،تاريخ رقم ١٩٧٩/٧/٩م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٤٤٧ .

القاعدة الرابعة :

الاجتهاد(١) لا ينقض بمثله(٢) :

معنى القاعدة :

القاضي لو اجتهد في مسألة من المسائل الشرعية المعروضة عليه ، وكانت ضمن الدائرة التي يسمح له بالاجتهاد فيها ، وحكم بموجب ذلك الاجتهاد ثم بدا له رأي أخر، فعدل عن الأول ، في مسألة أخرى ، فلا ينقض اجتهاده الثاني حكمه الناشئ عن اجتهاده الأول ، وكذا الأمر لو حكم مجتهد في مسألة بموجب اجتهاده ، ثم حكم مجتهد ثانٍ في تلك المسألة عينها ، وكان رأي الثاني مخالفاً لرأي واجتهاد الأول ، فلا ينقض الحكم المستند على اجتهاد الأول (٣) .

ومستند القاعدة هذه هو إجماع الصحابة . فقد حكم أبو بكر ﷺ في مسائل ، وخالفه عمر ﷺ فيها ، ولم ينقض حكمه (٤) ، وحكم عمر ﷺ في المشتركة بعدم المشاركة ، ثم حكم فيها بالمشاركة ، ولم ينقض قضاءه الأول، بل قال : تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي(٥) .

ويمكن أن يستدل بالمعقول كما قال القرافي ـ رحمه الله ـ: " لولا ذلك لما استقرت للحكام قاعدة ولبقيت الخصومات على حالها بعد الحكم ، وبذلك يوجب دوام التشاجر ، والتنازع ، وانتشار الفساد ، ودوام العناد ، وهو مناف للحكمة التي لأجلها نصب الحكام" (٦) .

فالاجتهاد الثاني ليس بأولى من الاجتهاد الأول ، ولذا فيجب على كل مجتهد أن يحترم اجتهاد الآخر ، إذا صدر من أهله وصادف محله ، فلو قضى شافعي مثلاً في حادثة مجتهد فيها

---

(١) النقض : من نقض الشيء نقضاً إذا نكثه ، ومنه نقض البناء إذا هدمه ، وهو يدل على إفساد ما أبرم ، و تغيره وإبطاله ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج٥ ، ص٤٧٠ .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٠٥ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٢٥ ، العلائي المجموع المذهب في قواعد المذهب ، ج٢ ، ص١٥٦ ، الفاداني ، محمد ياسين (١٩٩٦م) ، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية ، ط٢ ، ٢م ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ، ج٢ ، ص٧ ، هذا وقد وردت هذه القاعدة بصيغ أخرى منها : "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد أو بمثله "، "الأصل أنه إذا قضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ويفسخ بالنص" ، أي أن الاجتهاد وإن كان لا ينقض بمثله فإنه ينقض بالنص ، وغيرها، البورنو، موسوعة القواعد الفقهية ، ج١ ،ص١٧٥.

(٣) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٣٤ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٥٥ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٠٥، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٢٥ .

(٥) سبق أن أشرت إلى ذلك ، انظر: ص ٩٣ من هذه الأطروحة .

(٦) القرافي ، الفروق ، ج٢ ، ص١٨٠ .

ثم رفعت لآخر حنفي مثلاً يرى فيها غير ذلك ، لا يجوز نقض قضاء الأول ، بل عليه تنفيذه ويحكم في غيرها بما يراه [١] ، وعليه فإن القاضي لا ينقض اجتهاد نفسه ، ولا اجتهاد غيره إلا إذا خالف نصاً من كتاب أو سنة صحيحة أو إجماع أو قياس ، ولكن إذا كان القاضي مقلداً وتم تقييده بمذهب معين فإنه يتقيد به ، فلو حكم بخلافه ينقض ، وإن وافق أصلاً مجتهداً فيه[٢] .

بقي أن نشير هنا إلى أن عدم جواز مخالفة قضاء القاضي السابق ، فيما هو محل النزاع الذي ورد عليه القضاء ، أما فيما هو من توابعه ، فلا يتقيد بالحكم الأول ، فلو قضى شافعي بالبيع في عقار فللقاضي الحنفي أن يقضي بالشفعة للجار ، وإن كان القاضي الأول لا يراها [٣].

من الأمثلة على القاعدة [٤] :

١- لوحكم القاضي برد شهادة الفاسق ثم تاب ، فأعادها لم تقبل شهادته ؛ لأن قبول شهادته بعد التوبة ، يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد ٠

٢- لو حكم القاضي بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة ، ثم تغير اجتهاده ، فرأى أنه يقع ثلاثاً ، فلا ينقض اجتهاده الأول بل يأخذ باجتهاده الثاني في المستقبل ٠

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله مسائل أهمها [٥] :

١- إذا رأى الإمام شيئاً، ثم مات أو عزل فلإمام الثاني الذي يأتي بعده تغيره ، حيث كان من الأمور العامة ، وذلك لأن هذا الحكم يدور مع المصلحة فإذا رأى الذي أتى بعده أن في تغيرها مصلحة وجب إتباعها[٦] ٠

٣- القاضي المقلد الذي تقلد القضاء مقيداً بمذهب معين ، فإنه يتقيد به فلو حكم بخلافه ينقض وإن وافق أصلاً مجتهداً فيه[٧] .

---

(١) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٥٥ .

(٢) المرجع السابق ، ص١٥٦ .

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٠٧ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٠٧ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٢٥ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١٦٥ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٣٧٠ الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٣٥٣ .

(٥) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٠٦ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٣٤ ، علي حيدر درر الحكام ، ج١ ، ص٣٥ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٥٦ .

(٦) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٣٥ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٠٦.

(٧) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٥٦.

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يطبق القضاء الشرعي الأردني هذه القاعدة على أحكامه ،ولذا فإنه يعتبر الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية مرعية ، أي أنها تكتسب حجية الحكم القضائي ما لم تفسخ من محكمة الاستئناف الشرعية [١] ،ولذا فإنه لا يجوز لأي قاضٍ في المحاكم البدائية الشرعية ، أن ينقض هذا الحكم ، أو يغيره ، وذلك لأن الحكم إذا أصدره القاضي فإنه يخرج من ولاية المحكمة التي أصدرته فلا يحق له أن يغير أو يبدل فيه [٢]، فغيره من باب أولى لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله .

إذا تقرر هذا ، فإن إشكالية هنا لا بد من بحثها ، وتسليط الضوء عليها وهي :عمل محكمة الاستئناف الشرعية ، إذ كيف يمكن التوفيق بين أن القضاء الشرعي الأردني يأخذ بقاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله ، وعمل محكمة الاستئناف الشرعية التي ربما تنقض بعض الأحكام التي صدرت من المحاكم الشرعية البدائية ؟ للإجابة عن هذه الإشكالية أقول :

أولاً : لقد أشرت فيما سبق [٣] ، أن محكمة الاستئناف الشرعية إنما هي محكمة رقابة على تطبيق القانون ، والأحكام الشرعية ، بالنسبة للقضايا التي تنظرها المحاكم الابتدائية الشرعية، ولا تنظر القضايا مرافعة إلا في بعض الحالات التي نص عليها القانون [٤] .

ثانياً: أن القاضي في المحكمة الشرعية الابتدائية ، مقيد بتطبيق القانون ، والأحكام الشرعية الواجبة التطبيق ، وبالتالي فهو يعمل على تطبيق القانون على المسألة المعروضة عليه ، ولا يجتهد في مورد النص وإنما يجتهد في مهمة تطبيقه .

ثالثاً : إن احتمال وقوع الخطأ من بني البشر موجود بالفعل ،والقضاة بشر يصيبون ويخطئون ، خاصة في زماننا الذي أصبح القاضي فيه مقلداً لا مجتهداً ، ولذا فعرض القضية على محكمة الاستئناف ، ذات عدد أكبر من القضاة ذوي الخبرة الواسعة في مجال القضاء فيه مصلحة راجحة ، تؤيدها الأدلة الشرعية ، وتدعمها مقاصد الشريعة بل أن مقاصد الشريعة تحث على كل أمر فيه تحقيق العدالة وإيصال الحقوق إلى أصحابها .

---

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٠٥) مع مراعاة أحكام المادة (١١٤) من هذا القانون .

(٢) هناك حالات يجوز فيها إجراء تغير أو تبديل في الحكم كالأخطاء النحوية ، أو الحسابية وغيرها ،وهدان ، حسن محمد ، (١٩٩٦م)، الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية إشراف الدكتور ، عارف أبو عيد ، ص١٠٣ .

(٣) انظر: ص ١٧٦ من هذه الأطروحة .

(٤) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية : ص١١٠ .

رابعاً : ثم إن محكمة الاستئناف الشرعية عندما تنظر في القضايا المرفوعة إليها تدقيقاً أو مرافعة تنظر :

١- فإن كان الحكم موافقاً للشرع ، وحسب الأصول القانونية ، فإنها لا تنقضه ، بل تقرر تصديق الحكم [١] ، لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله .

٢- أما إذا كان في الإجراءات ، والمعاملات التي قامت بها المحكمة البدائية ، بعض النواقص الشكلية ، أو في القرارات التي أصدرتها مخالفة للأصول مما يمكن أن يتدارك بالإصلاح ، وأنه لا تأثير لتلك الإجراءات والأخطاء على الحكم المستأنف من حيث النتيجة ، وأنه موافق للشرع والقانون ، أصدرت قرارها بتأييده ونبهت المحكمة البدائية [٢].

٣- إذا كانت النواقص والأخطاء الواقعة في إجراءات القضية مما لا يمكن تداركه بالإصلاح ، أو كان الحكم في حد ذاته ، مخالفاً للوجه الشرعي القانوني فسخت الحكم المستأنف أو عدلته [٣].

وإذا تقرر ما سبق ، فإنه لا تناقض بين عمل محكمة الاستئناف ، وبين قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله ففي الحالة الثانية لا ينقض الحكم ، وذلك لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله ، أما الحالة الثالثة فإنه من المقرر في الفقه الإسلامي،أن الاجتهاد وإن كان لا ينقض بمثله فإنه ينقض بمخالفة النص من كتاب ، أو سنة صحيحة ، أو إجماع ، أو قياس جلي ، و النصوص القانونية الواجبة التطبيق هنا بمثابة النص ، وعليه فإن مخالفة النص القانوني موجب لنقض الحكم ، وهذا ما عليه عمل محكمة الاستئناف الشرعية ، والله أعلم .

---

(١) محكمة الاستئناف الشرعية،عمان ، قرار رقم (٤٠٤١٢)، تاريخ ١٩٩٦/٤/٢١م، حيث جاء فيه : " أن الحكم على الوجه المذكور الصحيح فتقرر تصديقه ،داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٨٧ ، وغيره كثير لا مجال لذكرها هنا .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (١٥٠٥٧) تاريخ ١٩٦٧/٢/٧م ، حيث جاء فيه :" اكتفي بالتنبيه إلى ذلك وعدم تكراره، وفي قرار رقم (٤٠٨٩١) تاريخ ١٩٩٦/٧/١٦م، جاء فيه :" فتقرر تصديق الحكم على هذا الوجه "، المرجع السابق ،ج١ ، ص١٥ ، ص٢٣١ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٤٠٤١٤)، تاريخ ١٩٩٦/٤/٢٠م، حيث جاء فيه: " الحكم برد اعتراض المعترض غير صحيح ، فتقرر فسخه وإعادة القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب " ،المرجع السابق ،ج١ ، ص٩٠ .

الفصل الرابع :
القواعد الفقهية المختصة بالقاضي ، وحكمه ، وتطبيقاتها
في القضاء الشرعي الأردني :

استنبط الفقهاء قواعد وضوابط فقهية تختص بالقاضي ، وتحكم عمله لـضمان تحقيق الغاية التي من أجلها وجد ، كما استنبطوا قواعد تساعد القاضي في إصدار الأحكام في المسائل المعروضة عليه ، وعند النظر في هذه القواعد نجد أنها تتنوع إلى قواعد فقهية مختصة بالقاضي نفسه ، وأخرى تتعلق بالحكم الصادر عن القاضي ، ولهذا نخصص هذا الفصل لدراسة هذين النوعين من القواعد وفق التقسيم التالي :

المبحث الأول :
القواعد الفقهية المختصة بالقاضي (الحاكم) .

المبحث الثاني :
القواعد الفقهية المختصة بالحكم القضائي .

المبحث الأول :

القواعد الفقهية المختصة بالقاضي :

لا شك أن القاضي هو أحد مقومات العملية القضائية ، وإليه تتوجه الأنظار لتحقيق الغاية التي من أجلها شرع القضاء ، وهي إرساء قواعد العدل ، والمساواة بين الناس ، فالقوي عنده ضعيف حتى يأخذ الحق منه ، والضعيف عنده قوى حتى يأخذ الحق له ، فيكون بذلك على قدر المسؤولية ، والقيام بأعباء هذه الأمانة على أكمل وجه ، حتى تبرأ ذمته أمام الله سبحانه وتعالى، ومن هنا عني أهل العلم بالقواعد والضوابط التي تضمن تحقيق ذلك ، ومن بين هذه القواعد الضوابط ما ذكره أهل العلم مما له علاقة بمن يمارس وظيفة القضاء والتي من أهمها :

القاعدة الأولى : الواجب على الكفاية واجب على الكل ،ويسقط بفعل من يكفي .

القاعدة الثانية : يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها .

القاعدة الثالثة : طالب الولاية لا يولى .

القاعدة الرابعة : الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة .

القاعدة الخامسة : التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

القاعدة السادسة : التهمة تقدح في التصرفات إجماعاً .

القاعدة السابعة : لا ضمان على القاضي إذا اخطأ ما لم يكن متعمداً .

وفيما يلي بيان لهذه القواعد :

القاعدة الأولى :

الواجب على الكفاية واجب على الكل ، ويسقط بفعل من يكفي[١] :

معنى القاعدة :

كل ما كان حكمه فرضاً على الكفاية ، فهو واجب على مجموع الأمة القيام ، فإذا قام به من يكفي سقط الإثم عن الباقين ، وإلا أثموا جميعاً ، وقد اتفق الفقهاء على أن القضاء فرض كفاية[٢] ، فالواجب على إمام المسلمين ، أن يعين من القضاة من يكفي لحل المنازعات ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها في كل أنحاء البلاد ، وبما يرفع الحرج والمشقة عن الأمة في الوصول إلى القاضي [٣] ، وعليه فالقضاء فرض كفاية إذا قام به من يكفي سقط الفرض عن الباقين ، وإن امتنعوا أثموا جميعاً [٤] ؛ وذلك لأن القضاء من القرب العظيمة ، ففيه نصرة المظلوم ، وأداء الحق إلى مستحقه ، ورد الظالم عن ظلمة ، والإصلاح بين الناس ، وقطع المنازعات التي هي مادة الفساد[٥] .

ويمكن أن يستدل على كون القضاء فرضاً بنصوص كثيرة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول ، وفيما يلي بيان لذلك :

---

(١) عميم الإحسان ، قواعد الفقه ، ص١٣٦، الزركشي المنثور ، ج٣، ص٣٨ ، عبد الشكور ، الشيخ محب الله ت (ت١١١٩هـ/١٦٧٧م) ،فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ، ط١، ٢م، مطبوع مع كتاب المستصفى للغزالي، المطبعة الأميرية ، ببولاق ، مصر ، ١٣٢٢هـ ، ج٢ ، ص٦٢ . هذا وقد جاءت القاعدة :" ... ويسقط بفعل البعض " ، ولكني أرى أن الواجب على الكفاية لا يسقط بفعل البعض لكنه يسقط بفعل ما يكفي فهل يسقط الفرض في مجال القضاء بأن يعين الإمام في مركز الدولة قضاة ويترك باقي الأمصار ؟!

(٢) انظر ص ٥٠ من هذه الأطروحة، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ،ج ١، ص٩، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١،ص٩٢.

(٣) فيحب على الإمام أن ينصب بكل إقليم قاضياً ؛ لأنه لا يمكن للإمام تولي الخصومات ، والنظر فيها في جميع البلاد ، لئلا تضيع الحقوق ، ولتوقف فصل الخصومات على السفر للإمام لما فيه المشقة وكلفة النفقة........ " البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٤٨٦ .

(٤) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص٢٥١ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ض١٣ ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧٢ ، ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٤ ، ص٣٤٢ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٤٨٦ .

(٥) وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٢٨٥ .

أولاً : من القرآن الكريم :

١- قوله تعالى :﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [١] .

٢- قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ [٢] .

٣- قوله تعالى : ﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [٣] .

وجه الدلالة : ففي هذه الآيات الكريمة وغيرها كثير أمر صريح ، بوجوب الحكم بين النـــاس وفق شرع الله ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، والقضاء كفيل بهذا فاقتضى الأمر الوجوب .

ثانيا : من السنة .

فقد تولى عليه الصلاة والسلام القضاء بنفسه بتكليف مـــن رب العالمين حيث قـــال له : عليه الصلاة والسلام ﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ [٤] ، فسيرته عليه الـــصلاة الـــسلام زاخـــرة بأقضيته ، ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : " إنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فاقضي له على نحو ما اسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا، فلا يأخذه فإنما اقطع له به قطعة من النار " [٥] .

وجه الدلالة : فهذا الحديث يدل صراحة على أن النبي ﷺ تولى القضاء بنفسه، كما أن النبي ﷺ قد بعث أصحابه رضي الله عنهم قضاة على الأمصار[٦] .

ثالثا : الإجماع : فقد اجمع المسلمون على مشروعية تعيين القضاة والحكم بين الناس [٧] .

رابعا : المعقول :وذلك لأن طباع البشر مجبولة على التظالم، ومنع الحقوق ، وقل من ينصف من نفسه ، ولا يقدر الإمام على فصل الخصومات بنفسه ، فدعت الحاجة إلى تولية القضاة [٨] .

---

(١) سورة ، ص ، آية (٦) .

(٢) سورة النساء ، آية (٥٨) .

(٣) سورة المائدة ، آية (٤٢) .

(٤) سورة المائدة ، آية (٤٩).

(٥) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الشهادات ، باب مـــن أقام البينة بعد اليمين ، ج٢ ، ص٩٥٢ ، مسلم ، صحيح مسلم ،كتاب الأقضية ، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة ، ج٣ ، ص١٣٣٧ ، **اللفظ لمسلم** .

(٦) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٣٨ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٤٨٦ .

(٧) الشربيني ،مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧١ ، ابن قدامه ، المغني ، ج١، ص٨٩ ، قال الإمـــام أحمد :لا بد للناس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس ؟! .

(٨) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧١ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ،ص٢٨٥ .

أما كونه فرض كفاية فذلك لأنه أمر بالمعروف أو نهي عن المنكر ، وهما على الكفاية[١] ، كما أن النبي ﷺ اكتفى بإرسال واحد من الصحابة ليتولى القضاء في البلد الواحد ، وكذا فعل أصحابه رضي الله عنهم جميعا ، فدل ذلك على أن القضاء فرض كفاية ، ولو كان فرض عين لما اكتفى عليه الصلاة والسلام بواحد [٢] .

وقد اتفق الفقهاء على أنه يحب على من تعين عليه القضاء ـ بحيث لا يوجد غيره لشغل هذا المنصب ـ أن يتولى القضاء ؛ لأن القضاء في حقه أصبح فرض عين ، ولو امتنع عن القبول أثم كما هو الأمر في سائر فروض الأعيان [٣] ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا ، هل يملك الإمام إجباره على تولي منصب القضاء ؟! .

القول الأول :يرى أن الإمام يجبره على ذلك ، ولو أدى ذلك إلى ضربه وحبسه ، وذلك لأن الناس مضطرون إلى علمه ونظره ولا يوجد غيره [٤] ، وفي ذلك يقول الماوردي ـ رحمه الله ـ :" فإن امتنع هذا المنفرد بشروط القضاء من الإجابة إليه أجبره الإمام ، لتعين فرضه عليه، ومن تعين عليه فرض أخذ به جبراً" [٥] ،وبه قال المالكية [٦] وجمهور الحنفية [٧] ،والشافعية[٨] .

القول الثاني : يرى أن الإمام لا يجبره على ذلك ، وبه قال بعض الحنفية ، والشافعية [٩] .

---

(١) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧١ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٢٨٥ .

(٢) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧٢ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٥٣ .

(٣) المراجع السابقة ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٤١ ، النووي ، المجموع ، ج٢٢ ، ص٢١٩ .

(٤) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧١ .

(٥) الماوردي ، الحاوي ، ج٢٠ ، ص٦٠ .

(٦) فقد سئل الإمام مالك رضي الله عنه : أيجبر الرجل على ولاية القضاء ؟ قال : نعم إذا لم يوجد منه عوض وقيل له: أيجبر بالضرب والحبس ؟ قال: نعم"، ابن فرحون ، تبصرة الحكام، ج١ ، ص٩ ، " بخلاف ما لو عينه الإمام ، فإنه لا يتعين عليه بتعين الإمام له، بخلاف غيره من فروض الكفاية كالجهاد – أي أنه وجد غيره – ولكن الإمام اختاره لهذا المنصب فلا يتعين عليه ، وله الهرب لخطورة هذا المنصب" ، التسولي ، علي بن عبد السلام (ت ١٢٥٨هـ/١٨٥٨م) ، البهجة في شرح التحفة ، ط١ ، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ج١ ، ص٢٩ .

(٧) قال ابن عابدين : " لو تعين عليه هل يجبر على القبول لو امتنع ؟ الظاهر نعم " حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٣٦٨ .

(٨) قال ابن الوكيل :"والصحيح أنه يجبر " ، الأشباه والنظائر ، ص٢٣ ، قال النووي : " هل يجبر ؟ وجهان الصحيح نعم ، وبه قال الأكثر ون " ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص٩٣.

(٩) الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، ج٢ ، ص٨٤ ، الأسيوطي ، جواهر العقود ، ص٥٥٩ .

والراجح ـ والله أعلم ـ أن لولي الأمر إجبار من تعين عليه القضاء ، ولا يوجد غيره، حتى تصان حقوق الناس من الضياع ، ويتولى مثل هذا المنصب الرفيع الخطير ، من هو أهل لذلك[١].

إذا تقرر هذا فإن إشكالية تحدث هنا ، لا بد من توضيحها ، وهي كما قال النووي ـ رحمه الله ـ: " فإن قيل : امتناعه من هذا الواجب المتعين المتعلق بالمصالح العامة ، ويشبه أن يكون كبيرة فيفسق به ، ويخرج عن الأهلية ، فكيف يولّى ويجبر ؟!

وهذه الإشكالية قد أجاب عنها النووي ـ رحمه الله ـ بقوله : "فالجواب أنه يمكن أن يقال: أنه يؤمر بالتوبة أولاً فإذا تاب ولّي ، قلت (أي النووي) ،وينبغي أن يقال : لا يفسق ؛ لأنه لا يمتنع غالباً إلا متأولاً ، وهذا ليس بعاصٍ قطعاً ، وإن كان مخطئاً [٢] .

من الأمثلة على القاعدة :

١- ما فعله عمر بن الخطاب ﷺ ، حيث عيّن القضاة في مختلف الولايات الإسلامية ، فولّى أبا الدرداء قضاء المدينة ، وولّى شريحاً بن الحارث الكندي قضاء الكوفة ، وولّى أبا موسى الأشعري قضاء البصرة [٣] .

٢- ما نشاهده اليوم من انتشار المحاكم الشرعية في مختلف مناطق المملكة .

---

(١) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٣٠٢ .

(٢) النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص٩٢ .

(٣) وولّى عثمان بن قيس بن أبي العاص السهمي قضاء مصر ، وجعل قضاء الشام مستقلاً ، وكان على رأسه الوالي العام أبو عبيده بن الجراح ، وقد سن عمر لهؤلاء القضاة دستوراً يسيرون على هديه في الأحكام ، وعلمهم كيف يقضون ، وزودهم بوصاياه القائمة على مبدأ :"العدل أساس الحكم" ، وتعتبر كتبه الموجة إلى القضاة في مجملها دستوراً في القضاء في الإسلام الذي يصلح لكل زمان ومكان ، مجدلاوي ، فاروق محمد ، (١٩٩٨م) ، الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب ، ط٢ ، ١م ، روائع مجدلاوي ، الأردن ، لبنان ، قطر ، ص٢٣٦ ، قلعه جي ، محمد رواس ، (١٩٨٤م) ، موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، ط٢ ، ١م ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ص٥٦١ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء فرض كفاية على الأمة : إذا قام به من يكفي سقط الإثم عن الباقين ، وإن امتنعوا أثموا جميعاً ، ومن هنا فإن القائمين على نظام القضاء الشرعي الأردني متمثلة بدائرة قاضي القضاة ، حريصة كل الحرص على العمل بهذه القاعدة ، وتحقيق الكفاية المطلوبة للقيام بهذا الفرض الذي هو من أجل وظائف الدولة المسلمة ، ولذا نجد أن المحاكم الشرعية في منتشرة في مختلف مناطق المملكة ، حيث تبين لنا الجداول[1] التالية عدد القضاة ، والمحاكم الشرعية التابعة لدائرة قاضي القضاة على النحو التالي [2] :

([1]) عدد القضاة الشرعيين منذ عام ١٩٩٨م ، حتى عام ٢٠٠٢م :

السنة	عدد المحاكم	عدد القضاة
١٩٩٨م	٥٥	٨٤
١٩٩٩م	٥٥	٨٥
٢٠٠٠م	٥٥	٨٩
٢٠٠١م	٥٨	٩٨
٢٠٠٢م	٥٨	١٠٥

عدد المحاكم الشرعية في مختلف محافظات المملكة :

الرقم	اسم المحافظة	عدد المحاكم	عدد القضاة	الرقم	اسم المحافظة	عدد المحاكم	عدد القضاة
١	محافظةالعاصمة	١٤	٣٩	٨	محافظة الطفيلة	٢	٢
٢	محافظة اربد	١٠	١٧	٩	محافظة مادبا	٢	٣
٣	محافظة الزرقاء	٦	١٢	١٠	محافظة عجلون	٢	٢
٤	محافظة البلقاء	٦	٦	١١	محافظة العقبة	٢	٢
٥	محافظة الكرك	٤	٥	١٢	محافظة جرش	١	٢
٦	محافظة معان	٤	٤	١٣	ديوان ومحكمة القدس الشرعية	١	٥
٧	محافظة المفرق	٤	٦		**المجموع**	٥٨	١٠٥

([2]) دائرة قاضي القضاة ، التقرير الإحصائي السنوي ، لعام ٢٠٠٢م ،العدد السابع ، ص١٠٠ .

من خلال الإحصائية السابقة ،يتضح للباحث أن المحاكم الشرعية موزعة على محافظات المملكة كافة ، بل إن المحافظة الواحدة قد تحتوي على مجموعة مـــن المحـــاكم، إذا اقتـــضت الحاجة لذلك ، ومع ملاحظة أن هذا العدد في ازدياد كلما استجدت ظروف تتطلـــب اســـتحداث محاكم شرعية أخرى في كل منطقة تستدعي الحاجة إلى ذلك ، فقد نص قانون تشكيل المحـــاكم الشرعية في المادة (٢١/فقره أ) على ما يلي : " تشكل في المملكة الأردنية الهاشـــمية محـــاكم شرعية ابتدائية في الألوية والأقضية (أو في أي مكان أخر) ،ومحكمة اســـتئناف واحـــدة ، أو أكثر حسب الحاجة ، بنظام يقره مجلس الوزراء من آن إلى أخر بموافقة الملك " [١] .

وعليه فإن العدد قابل للزيادة ، سواء في عدد المحاكم الشرعية أم في عدد القضاة الشرعيين إذا دعت الحاجة إلى ذلك .

أما بالنسبة إلى محاكم الاستئناف الشرعية في المملكة :

ففي بداية تأسيس المملكة الأردنية الهاشمية ، لم يمن هناك إلا محكمة استئناف شـــرعية واحدة لجميع المحاكم الشرعية في الضفتين ، ومركز انعقاد هذه المحكمة عمـــان ، ويجـــوز أن تعقد حين الإيجاب في القدس [٢] ، ولما كان القضاء الشرعي الأردني يقوم على أساس القاعـــدة الفقهية السابقة من حيث تحقيق الكفاية في عدد المحاكم أصبحت الحاجة ملحة إلى إيجاد محكمة استئناف شرعية في عمان ، ومحكمة استئناف شرعية في القدس [٣] .

ولكن مع ازدياد عدد السكان وكثرة القضايا ، وتخفيفاً على المواطنين ، ورفعاً للحـــرج عنهم ، فقد أنشئت محكمة استئناف شرعية ثالثة في اربد تسهيلاً على المـــواطنين ، وتحقيقـــاً للكفاية المطلوبة في القضاء .

من خلال ما سبق يمكن للباحث أن يخلص إلى القول : أن الكفاية تتحقـــق فـــي عـــدد المحاكم ، وعدد القضاة الشرعيين ، في الوقت الذي يمكن لكل مواطن أن يصل إلى هذه المحاكم الشرعية ، ويحصل على حقه في أقل وقت ،وجهد ، وتكلفة ، من غير حرج ، ولا مشقة غيـــر محتملة ، الأمر الذي يتطلب مزيداً من إنشاء المحاكم ، وتعيين القضاة في أنحاء المملكة كافة ، والله أعلم .

---

(١) قانون تشكيل المحاكم الشرعية ، المادة (٢١فقره أ) .

(٢) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص١١٢ .

(٣) المرجع السابق ، عملاً بالمادة (٢١فقره أ) المشار إليها .

القاعدة الثانية :

يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها[١] :

معنى القاعدة :

هذه قاعدة عظيمة من قواعد السياسة الشرعية ، القائمة على جلب المصالح وتكميلها، ودرء المفاسد وتقليلها ، وهي متعلقة بولاية الحكم ، وسياسة شؤون الحياة ، ففي كل ولاية يراعى الأمثل فالأمثل [٢] ، ويقدم الأقوم فالأقوم ، تحقيقا للمصلحة العامة للمسلمين ، وهذا يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة [٣]

هذا وقد اتفق الفقهاء على أنه ينبغي لمن له ولاية التقليد ، أن يختار للقضاء أفضل من يجد علماً وديناً ، ومن هو أقدر وانفع للمسلمين ؛ لأن الإمام ينظر لهم فيجب عليه اختيار الأصلح [٤] .

وقد جرت أحكام الشرع على أنه يجب أن يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها على من هو دونه ، فيقدم في ولاية الحروب من هو أعرف بمكائد الحروب ، وسياسة الجيوش، والصولة على الأعداء ، والهيبة عليهم ، ويقدم في القضاء من هو أعرف بالأحكام الشرعية، وأشد تفطناً لحجاج الخصوم وخدعهم ، ويقدم في أمانة اليتيم من هو أعلم بتنمية أموال اليتامى

---

(١) السلمي ، عبد العزيز بن عبد السلام ، (ت ٦٦٠هـ/١٢٦٣م) ، القواعد الصغرى ، ط١ ، ١م ، (تحقيق : إياد الطباع) ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، ١٤١٦هـ ، ص٨، القرافي ، الفروق ، ج٢ ، ص٢٧٣ ، الزركشي ، المنثور ، ج١ ، ص٣٨٨ ، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج١ ، ص٦٩، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٤٠٠ ، هذا وقد نسب ابن القيم هذه القاعدة للإمام أحمد ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج١ ، ص٨٢ .

(٢) قد لا يجد الإمام من هو صالح لتلك الولاية ، فيختار الأمثل فالأمثل في كل منصب بحسبه ، بعد أن يجتهد في طلب الأصلح ، فإن لم يجد فيكون بذلك قد أدى الأمانة ، وقام بالواجب في هذا ، وصار في هذا الموضع من أئمة العدل والمقسطين ، ابن تيمية ،أبو العباس أحمد ،(ت٧٢٨هـ/١٣٢٦م) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ، ط٢، ١م ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ص١٤ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٣٧٦ .

(٣) الجزائري ، القواعد الفقهية ، ص٤٤٨ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٤٠٠ .

(٤) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ،ج٧ ، ص٢٥٨ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٢١ ، الماوردي ، الحاوي ، ج٢٠ ، ص٦٠ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٣٦٣ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ،ج٣٣، ص٢٩٣.

وقد يكون المقدم في باب ربما أُخر في باب أخر ، كالنساء مقدمات في باب الحضانة على الرجال ؛ لأنهن اصبر على أخلاق الصبيان ، وأشد شفقة ورأفة ، والرجال على العكس من ذلك في هذه الأحوال فقدمن لذلك ، وأخر الرجال عنهن ، وأخرن في الإمامة والحروب وغيرها من المناصب لأن الرجال أقوم بمصالح تلك الولايات منهن [1] .

ويمكن أن يستدل على القاعدة :

١- بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[2] .

وجه الدلالة : أن تقديم شخص لولاية أو قضاء وما كان فيه مصلحة عامة للمسلمين مع وجود من هو أصلح منه خيانة لله والرسول ﷺ .

٢- قول النبي ﷺ : " من ولي من أمر المسلمين شيئاً ، فأمر عليهم أحدا محاباة فعلية لعنة الله، لا يقبل الله منه صرفاً ، ولا عدلاً حتى يدخله جهنم "[3] .

وجه الدلالة : أن على الإمام أن لا يعين أمراءه ، أو قواده ، أو قضاته محاباة لقرابة،أو لمصلحة شخصية ، حتى لا يستحق بذلك لعنة الله ، ودخوله جهنم ، وإنما ينبغي عليه أن يقدم لهذه الوظائف الأقوام ، والأقدر على القيام بمصالحها .

٣- قوله ﷺ :" من استعمل رجلاً على عصابة ، وفيهم من هو أرضى لله منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين "[4] .

وجه الدلالة : فالحديث صريح في أن من استعمل رجلا من عصابة ، يعني :أي إمام ، أو أمير نصب أميراً ، أو إماماً للصلاة ، أو قاضياً على قوم ، وفيهم من هو أرضى لله منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين[5] .

---

(1) القرافي ،الفروق ، ج٢ ، ص٢٧٣ .

(2) سورة الأنفال آية (٢٧) .

(3) الحاكم ، المستدرك على الصحيحين وقال : هـذا حديث صحيح الإسناد ، ج٣ ، ص١٠٤ ، المنذري ، أبو محمد عبد العظيم ، (ت ٦٥٦هـ / ١٢٥٨م) ، الترغيب والترهيب ، ط١ ، ٤م ، (تحقيق : إبراهيم شمس الدين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ ، ج٣ ، ص١٢٥، **الحديث صحيح ، واللفظ لهما** .

(4) ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي ،(ت ٨٥٢هـ /١٤٤٨م) ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، ٢م ، (تحقيق :السيد عبد الله هاشم) ، دار المعرفة ، بيروت ، ج٢ ، ص١٦٥ ، وقال: إنه من كلام عمر ، وفي إسناده حسين بن قيس وهو واهٍ ، الصنعاني ، سبل السلام ، وقال :حسين بن قيس حسّن له الترمذي أحاديث، ج٤ ، ص١٩٠ ، **الحديث ضعيف ، اللفظ لهما** .

(5) المناوي ، عبد الرؤوف محمد ، (ت١٠٣٠هـ /١٦٢٠م) ، فيض القدير شرح الجامع الصغير ، ط١ ، ٦م ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، ١٣٥٦هـ ، ج٦ ، ص٥٦ .

٤- ومن المعقول : أن تولية الناس في مصالح المسلمين العامة ، أمانة ومسؤولية أمام الله سبحانه وتعالى ، وحتى تبرأ الذمة أمام الله ، فلا بد وضع الرجل المناسب في المكان المناسب، وإلا كان خائناً للأمانة ، غير مؤدٍ لها على وجهها.

من الأمثلة على القاعدة :

١- هذا وقد ساق ابن القيم من الأمثلة على تولية النبي ﷺ ما يدل على هذه القاعدة ، فقد ولّى خالد بن الوليد ـ من حين أسلم ـ على حروبه لنكايته في العدو وقدَّمه على بعض السابقين من المهاجرين والأنصار ، وبهذا مضت سنة رسول الله ﷺ ، فإنه كان يولي الأنفع للمسلمين [1].

٢- وهذا ما فعله عمر بن الخطاب ﷺ ، فقد كان يختار للولاية أصلح الناس ،وأقدرهم للقيام بشؤون المسلمين ، ولم يخضع لأي ضغط ، أو إغراء ، حيث سار على هذا النهج مقتديا بالرسول ﷺ وأبي بكر[2] .

٣- وتقدم ألام على الأب في حضانة طفلها .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

مع أن الفقهاء قد اتفقوا على أنه يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها إلا أن بعض الفقهاء استثنوا من ذلك مسالة ،قالوا بجواز العدول عن الأفضل إلى المفضول؛ وذلك لأن المفضول من الصحابة كان يولى مع وجود من هو أفضل منه ، واشتهر ذلك وتكرر ، ولم ينكر ذلك فكان إجماعاً [3] .

([1]) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج١ ، ص٨٣ .

([2]) مجدلاوي ، الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب ، ص٢١٢ .

([3]) البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٤٨٧ ، هذا وقد ذكر النووي خلافا في ذلك حيث قال :" هل تنعقد الإمامة العظمى للمفضول مع وجود الفاضل؟ فيه خلاف للمتكلمين والفقهاء ، والأصح الانعقاد؛ لأن تلك الزيادة خارجة عن شروط الإمامة ، وفي القضاء خلاف وأولى بالانعقاد فإن لم يجز للمفضول القضاء حرمت توليته ، وحرم عليه الطلب والقبول ، وإن جوزناه جاز القبول ،وأما الطلب فمكروه وقيل حرام" ، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص٩٣ ، الماوردي ، الحاوي ، ج٢٠ ، ص٦٠ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص٨٥ ، ولذا قال الماوردي : "تقليد المفضول مع وجود الفاضل جائز في القضاء " ، الماوردي ، أدب القضاء ، ج١ ، ص٦٤٣ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٧١ ، ولكني أرى أن على الإمام أن يبرئ ذمته أمام الله سبحانه وتعالى ، ويختار الأصلح ، والأنفع للمسلمين ، فيختار الأمثل فالأمثل ، فإن امتنع الأصلح عن تولي القضاء- فهو كالمعدوم جاز تولية المفضول ، أما أن نفتح الباب ابتداءً للقول بجواز تولية المفضول ، وخاصة في زماننا هذا الذي أصبح الأمر فيه يوسد إلى غير أهله ، فإن ذلك مفسدة عظيمة، والواجب علينا درئها ، والله أعلم .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

يمكن للباحث أن يرى مدى تطبيق قاعدة يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها في القضاء الشرعي الأردني ، من خلال الأمور التالية :

أولاً : تعيين القضاة :

لا شك أن منصب القاضي في القضاء الشرعي الأردني من أرفع المناصب ، وأعظمها قدراً في المملكة الأردنية الهاشمية ، ومن هنا فيجب أن لا يصل إلى هذا المنصب إلا من كان أهلاً لذلك ، من حيث التحقق من كفاءته العلمية ، والخلقية ، وصلاحيته لممارسة القضاء ، بحيث تقدم فعلاً لهذا المنصب من هو أقوم بمصالحه وأقدر على تحقيق الغاية منه ، ولذا فإن القضاء الشرعي الأردني وضع شروطاً معينة فيمن يتولى القضاء الشرعي يمكن تقسمها وفق المحاور التالية :

١- **المحور الديني** : حي اشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون مسلما أردنيا متمتعا بالأهلية الشرعية والمدنية الكاملة.

٢- **المحور الخلقي** : وذلك بأن يكون القاضي حسن السيرة والسمعة ، وأن لا يكون قد حكم عليه بأية جناية ،أو جنحة عدا الجرائم السياسية ،وأن لا يكون محكوما من محكمة ،أو مجلس تأديبي لأمر مخل بالشرف ، ولو رد إليه اعتباره ، أو شمله عفو عام [٢] .

٣- **المحور العلمي** : ويتمثل ذلك فيما يلي[٣] :

١- أن يكون حاصلاً على الشهادة الجامعية الأولى على الأقل في الشريعة الإسلامية .

٢- أن يكون قد مارس الأعمال الكتابية لدى المحاكم الشرعية ، مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بعد حصوله على الشهادة الجامعية الأولى ، أو مارس وهو أستاذ مهنة المحاماة الشرعية مدة لا تقل عن ست سنوات .

كما نصت المادة (٢١/فقره ب) من قانون تشكيل المحاكم على ما يلي :

"ومع مراعاة أحكام الفقرة أ من هذه المادة ، لا يجوز تعيين أي شخص في وظيفة قاضٍ لأول مرة ،إلا بعد اجتيازه المسابقة القضائية ، ويكون القاضي في هذه الحالة معيناً تحت التجربة لمدة ثلاث سنوات ، وللمجلس بعد ذلك تثبيته ، أو إعادته إلى وظيفته الكتابية ، أو الاستغناء عن

---

(١) قانون معدل لقانون تشكيل المحاكم الشرعية قانون رقم ٨٣ ، لسنة ٢٠٠١م " المادة الثانية ، كما اشترط أن يكون سليم الحواس والجسم ، وأن يكون قد أكمل الثامنة والعشرين من عمره .

(٢) المرجع السابق ، المادة (٢/ فقره أ بند ٥) .

(٣) المرجع السابق ، البند (٣ ، ٤) .

خدمته حسب مقتضى الحال" [١] ، ثم يقوم المجلس القضائي الشرعي بصفته المخول بـــإجراء التعيينات لمنصب القضاء [٢] ،باختيار العدد المطلوب تعينهم من القضاة الشرعيين حسب حاجة المحاكم الشرعية إلى ذلك ، والأصل أن يكونوا ممن حصلوا على أعلى العلامات في المـــسابقة القضائية ، ثم تجري التعيينات بقرار من المجلس وإدارة سنية ، وتنشر في الجريدة الرســـمية، ويقسم القضاة عند تعيينهم ، وقبل مباشرتهم وظائفهم أمام رئيس محكمة الاســـتئناف الـــشرعية اليمين التالية : " أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصا للملك ، وأن أحكم بين الناس بالعـــدل ، وأن أحترم القوانين ، وأؤدي وظائفي بكل إخلاص ، وأن التزم سلوك القاضي الشريف " [٣] .

والناظر في إجراءات تعيين القضاة في القضاء الشرعي الأردني من حيث تقديم الطلب، وتوافر الشروط المطلوبة لذلك ، وحصوله على أعلى العلامات في المسابقة القضائية ، وتحليفه اليمين قبل مزاولة مهنة القضاء ، وخضوعه للتجربة لمدة ثلاث سنوات ، لمعرفة مدى كفاءتـــه لهـــذا المنصب ، والتي يتم على أساسها تثبيته أو إعادته إلى وظيفته الكتابية ، أو الاستغناء عن خدمته حسب مقتضى الحاجة ، ليدل دلالة واضحة على أن القضاء الشرعي حريص كل الحرص على أن يقدم للتعين في منصب القضاء من هو أقوم بمصالحها .

ثانياً : تعين صاحب الحق في الحضانة :

حيث حرص القضاء الشرعي الأردني على أن يجعل الحق في حضانة الصغير إلى من هو أقوم بمصالحه ورعاية أموره ويتجلى ذلك من خلال ما يلي :

١- أنه قدم النساء على الرجال في الحضانة ؛ لأنهن الأقدر على القيام بمصالح الصغير.

٢- تقديم الحاضنات من النساء من جهة الأم ، على الحاضنات من جهة الأب ؛ لأنهن الأشـــفق على الصغير ، والحضانة تقوم على الشفقة والحنو في مرحلة يحتاج بها الصغير لذلك [٤] .

٣- يختار القاضي الأصلح من الحاضنات ، أو الحاضنين إذا تساووا بالدرجة بما يحقق مصلحة المحضون [٥] .

---

[١] قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠١ ، المادة الثانية فقرة ب .

[٢] وهذا ما نصت عليه المادة (٤) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (١٩) لسنة ١٩٧٢ .

[٣] قانون تشكيل المحاكم الشرعية ، المادة (٤) .

[٤] قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (١٥٤) ، انظر ترتيب المستحقين للحضانة : السرطـــاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ص٥٦٥ .

[٥] قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٥٦) ، هذا وقد كان اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية: " على اعتبار الصغير المتجاوز سن الحضانة إذا كان مريضا ومحتاجا للخدمة هو بمنزلة الصغير الذي هو دون =

٤- أنه أسقط حق الحضانة في كل حالة يمكن أن تتضرر منها مصلحة المحضون ،ومنحها لمن يأتي بعده حسب الترتيب المنصوص عليه [١] .

وعليه فإنه يظهر للباحث أن القضاء الشرعي الأردني ، حريص كل الحرص على أن يقدم لحضانة الصغير من هو أقوم بمصالحه ، وأقدر على القيام بحاجاته .

رابعا : أحكام الولاية :

يرى الباحث أن الناظر في أحكام الولاية في قانون الأحوال الشخصية الأردني يلمس فيها تطبيقا لهذه القاعدة ومن أهم مظاهر ذلك :

أولاً :أن القانون رتب الأولياء في الولاية على النفس ، على أساس تقديم الشخص الأقدر على القيام بذلك [٢] .

ثانياً: أنه لم يجعل على الرجل البالغ العاقل أية ولاية ، وذلك لان أقوم على مصالح نفسه .

ثالثاً : أنه منح المرأة الثيب العاقلة التي تجاوزت من العمر ثمانية عشر عاماً ، حق الولاية على نفسها ، ولم يشترط موافقة وليها في زواجها [٣] ؛وذلك لأنها أحق بنفسها من وليها .

رابعاً : أنه اشترط لصحة زواج المرأة البكر البالغة العاقلة موافقة وليها [٤] ؛ وذلك لأنه أقوم على مصالحها ، وفي حالة غيابه ، وكان يترتب على انتظاره تفويت مصلحة للمخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه ، فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال ، أو لم يوجد انتقل حق الولاية للقاضي[٥]، فقد قدم قانون الأحوال الشخصية ولاية الولي الأبعد على الأقرب عند غيابه وخشية فوات مصلحة المخطوبة بانتظاره ، بل لقد ذهب إلى بعد من هذا فجعل حق الولاية للقاضي إذا

= سن الحضانة وذلك لأن الأصل في الحضانة هو رعاية الصغير، والمحافظة عليه ، وهذا يتفق مع القاعدة الفقهية التي تنص على أن : الحضانة تدور مع مصلحة المحضون وجوداً وعدما ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٨١٨٧) تاريخ ١٩٧٨/٨/٢١م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٥١٣ .

(١) كأن تكون غير بالغة أو عاقلة ، أو منشغلة عنه غير قادرة على تربيته وصيانته ، أو أن تكون مرتدة ، أو متزوجة بغير محرم للصغير ، قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٥٥) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (٩) .

(٣) المرجع السابق ، المادة (١٣) .

(٤) يفهم هذا من مفهوم المخالفة للمادة (١٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني ، حيث نصت: " لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاما" .

(٥) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٢) .

تعذر أخذ رأي من يلي الولي الأقرب ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن القانون يقــدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها ، وذلك تحقيقاً لمصلحة المخطوبة .

خامساً : أن قانون الأحوال الشخصية الأردني ، منح القاضي حق تزويج البكــر التــي أتمــت الخامسة عشرة من عمرها [١] من الكفؤ في حال عضل الولي غير الأب ، أو الجد من الأوليــاء بلا سبب مشروع أما إذا كان عضلها من قبل الأب أوالجد فلا ينظر في طلبهــا، إلا إذا كانــت أتمت ثمانية عشر عاماً ، وكان العضل بلا سبب مشروع [٢] .

ويرى الباحث هنا أن القانون منح القاضي حق تزويج البكر مع وجود وليها ، مراعــاة لمصلحتها فمنع الولي من التعسف في استعمال حقه ، وما ذكرناه هنا مــن تطبيقــات للقاعــدة الفقهية في القضاء الشرعي الأردني هو على سبيل المثال لا الحصر ، وإلا المقام يطول بنــا ، لو أردنا أن نقف على جميع هذه التطبيقات كأحكام الولاية ، والوصاية والحضانة وغيرها .

([١]) يرى الباحث ضرورة إعادة النظر في هذه المادة ، بعد أن تغير سن الزواج المسموح به .

([٢]) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٦) .

القاعدة الثالثة :

طالب الولاية لا يولى [١]:

معنى القاعدة :

الأصل في كل من يتولى أمراً عاماً من أمور المسلمين كالولاية ، والقضاء وغيرهما أن لا يطلب ذلك من نفسه ، مظنة التهمة ؛ ولأن تولى مثل هذه الأمور هو تكليف لا تشريف، ومسؤولية أمام الله فعلى المسلم أن يزهد في طلب مثل هذه الأمور ، إذا وجد من هو أهل لها'إبراءً لذمته أمام الله سبحانه وتعالى " وذلك لأن الأصل العام في تولي الوظائف العامة في دار الإسلام هو المنع " [٢] .

ويمكن الاستدلال على ذلك بأدلة كثيرة من السنة النبوية والمعقول أذكر منها :

١- قول النبي ﷺ : " إنا والله لا نولي على هذا العمل أحداً سأله ، ولا أحداً حرص عليه" [٣] .

وجه الدلالة : فالحديث صريح في أن طالب الولاية لا يولى .

٢- قول ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة: " يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة ، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها ، وإن أعطيتها عن غير مسألة أعنت عليها " [٤].

وجه الدلالة : أن فيه نهياً صريحاً عن طلب الولاية،ورتب على من طلبها أنه يحرم من إعانة الله له وتسديده ، "ومن لم يكن له من الله عون على عمله، لا يكون فيه كفاية لذلك العمل فلا

---

(١) التمر تاشي ، محمد بن عبد الله (ت ١٠٠٤هـ /١٥٩٦) ، مسعفة الحكام على الأحكام ، ١م ، (تحقيق : سامر القبج) ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، إشراف الدكتور ياسين درادكه ، ١٩٩١م، ص١٩٣، الماوردي ، أدب القضاء ، ج١ ، ص١٤٥ ، ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص١٣ ، الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص٢٢.

(٢) زيدان ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، ص١٦ ، وفي ذلك يقول ابن تيمية رحمه الله : فيجب على كل من ولي شيئا من أمر المسلمين ... أن يستعمل فيما تحت يده في كل موضع أصلح من يقدر عليه ، ولا يقدم الرجل لكونه طلب الولاية ، أو سبق في الطلب بل ذلك سبب المنع " ، ابن تيمية ، السياسة الشرعية ، ص١٠.

(٣) البخاري ،صحيح البخاري ،كتاب الأحكام ، باب ما يكره الحرص على الإمارة ، ج٦ ، ص٢٦١٤ ، مسلم، صحيح مسلم ،كتاب الإمارة ، باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها ، ج٣ ، ص١٤٥٦ ، **واللفظ لمسلم** .

(٤) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب كفارات الأيمان ، باب الكفارة قبل الحنث وبعده ، ج٦ ، ص٢٤٧٢، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإمارة ، باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها ، ج٣ ، ص٢٤٧٢ ، **واللفظ لمسلم** .

ينبغي أن يجاب سؤاله ، ومن المعلوم أن كل ولاية لا تخلو من المشقة ، فمن لم يكن له من الله إعانة تورط فيما دخل فيه ، وخسر دنياه وعقباه، فمن كان ذا عقل لم يتعرض للطلب أصلاً"[١].

٣- قول النبي ﷺ لأبي ذر رضي الله عنه ـ بعد أن طلب منه الإمارة ـ قال : "يا أبا ذر إنك ضعيف وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزي وندامة ، إلا من أخذها بحقها ، وأدى الذي عليه فيها" [٢] .

وجه الدلالة :أن هذا أصل عظيم في اجتناب الولاية خاصة لمن دخل فيها ولم يكن أهلاً لذلك [٣].

٤- **المعقول** : فإن الطالب يكون متهما [٤] ، والتهمة تقدح في التصرفات إجماعاً [٥] ، ولذا قال الماوردي ـ رحمه الله ـ :"وإذا تكافأت الجماعة في شروط القضاء ، وكان فيهم طالب للولاية،وفيهم ممسك عنها ، فالأولى بالإمام أن يقلد الممسك دون الطالب ؛ لأنه أرغب في السلامة [٦] ، وأبعد عن التهمة .

حكم طلب القضاء :

إذا تقرر أن الأصل العام في طلب الولاية هو المنع [٧] فالقضاء وهو نوع من الولاية فالأصل فيه المنع أيضاً ، إلا أن هذا المنع ليس على إطلاقه في كل الطالبين ، فقد يكون الطلب حراماً ، أو مكروهاً ، أو واجباً ، أو مندوباً ، أو مباحاً ، بمعنى أن طلب القضاء تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة وفيما يلي بيان لذلك[٨] :

---

(١) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج١٣ ، ص١٢٤ .

(٢) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإمارة ، باب كراهة الإمارة ، ج٣ ، ص١٤٥١ .

(٣) ابن حجر العسقلاني ،فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج١٣ ، ص١٢٥ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٣٩ .

(٥) سيتم شرح هذه القاعدة فيما بعد ، انظر: ص ٢٥٦ من هذه الأطروحة .

(٦) الماوردي ، الحاوي ، ج١٢ ، ص٦١ .

(٧) لكن لو قلد الطالب لصح ؛لأن ترك الطلب ليس بشرط لجواز التقليد بالإجماع، فيجوز تقليد الطالب ؛ لأنه يقدر على القضاء بالحق ، ولكن لا ينبغي أن يقلد ؛لأن الطالب يكون متهما ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٣٩ .

(٨) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ،ص١٤ ، الماوردي ،الحاوي ، ج٢٠ ، ص٦١ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٦٧ ، زيدان ، نظام القضاء ، ص١٧ ، والتقسيم هذا في حالة عدم بذل المال من الطالب ، أما طلب القضاء ببذل المال ، فقد اتفق الفقهاء على حرمته في حق الباذل والمبذول له ، وأن ذلك يدخل في عموم نهي الرسول ﷺ عن الرشوة ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٢٨٧ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص١٣ ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص٧٥ ، الفراء ، الأحكام السلطانية ، ص٧٢ ، ولكن من الفقهاء من فصل في المسألة فجعله محرماً في حق المبذول له ، مباحاً في حق الباذل ، وذلك في =

أولاً : التحريم : اتفق الفقهاء على أنه يحرم على كل من لا يصلح للقضاء أن يطلبه كان يكون جاهلاً بأمور القضاء ، أو قد يكون الهدف من طلبه القضاء الانتقام لنفسه من أعدائه ، أو أكـل أموال الناس بالباطل (١) .

ثانياً : الكراهة : وهذا في حق من يصلح للقضاء ولكن غيره أصلح منه(٢) ، أو قـصد بطلبـه القضاء المباهاة والاستعلاء لقوله تعالى :﴿ تِلْكَ الدَّارُ الآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لاَ يُرِيدُونَ عُلُوّاً فِي الأَرْضِ وَلاَ فَسَاداً وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ ﴾ (٣) .

ثالثاً : الوجوب : وهو في حق من تعين عليه تولي القضاء ، فكما يجب عليه القبول ، كـذلك يجب عليه الطلب ؛ لأن الفرض لا يتم إلا به (٤) .

رابعا : الندب: وذلك إذا كان الطلب رغبة منه في إقامة الحق ، وخوفه أن يتعرض لـه غيـر مستحقٍ ، كان طلبه مستحباً (٥) ، كما إذا كان طالب القضاء عالماً خفي علمه عن الناس ، فطلب ولاية القضاء من أجل أن يشتهر علمه ليعلم الجاهل ويفتي المسترشد ، أو كان هنـاك خامـل الذكر لا يعرفه الإمام ولا الناس ، فأراد السعي ليعرف موضع علمه ، فيستحب له تحصيل ذلك والدخول فيه بهذه النية (٦) .

= حالة إذا تعين عليه القضاء ،أوكان ممن يستحب له ، فله بذل المال ، ويجوز له بذل مال لعزل قاضٍ لم يكن أهلاً للقضاء لتخليص الناس منه ، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١، ص٩٤ ، الماوردي ،الحاوي ، ج٢٠ ، ص٦٣ ، ولكني أرى وخاصة في زماننا الذي فسدت فيه الذمم إغلاق هذا الباب مطلقاً ، وذلك بالقول بحرمة بذل المال على الباذل والمبذول على حد سواء ، سداً للذرائع ، والله أعلم .

(١) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص٢٦٠ ، ابن فرحـون ، تبصرة الحكام ، ج١، ص١٥ ،الشربيني، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧٤ ، الفراء ، الأحكام السلطانية ، ص٧٠ .

(٢) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص٧٤ ، وذكر الماوردي رأياً عن بعض أهل العلم ينفي الكراهة؛ لأن نبي الله يوسف عليه السلام رغب إلى فرعـون فـي الولاية والخلافة فقال : "قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ"، (سورة يوسف، آية٥٥) ، ولكن هـذا لا يدل على جواز الطلب مـن غيره ؛ لأن يوسف عليه السلام كـان نبياً معصوماً من الظلم والجور فيما يليه من الأعمال ، وهـذه المعنى غير مأمون فـي حق غيره ، الماوردي، الأحكام السلطانية ،ص٧٥ ، الفراء ، الأحكام السلطانية ، ص٧٤ .

(٣) سورة القصص ،آية (٨٣) .

(٤) ابن أبي الدم، أدب القضاء ، ص٨٦ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص٩٢ .

(٥) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص٧٤ .

(٦) وقد يستحب أيضاً لمن لم يتعين عليه ولكنه يرى أنه أنهض به ،وأنفع للمسلمين من أخر تولاه، وهـو ممن يستحق التولية ولكنه مقصِّر عن هذا، ابن فرحون ،ج١، ص١٤، الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٤

خامسا : الإباحة : وذلك كأن يكون الطالب فقيراً وله عيال ، فيجوز له السعي في تحصيله لسد خلته ، وكذلك إن كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه فيباح له أيضاً [١] .

ومن خلال ما سبق يتضح أن قاعدة طالب الولاية لا يولى ليست على إطلاقها ، بل هي مخصوصة بحالات معينة ، كأن يكون الطالب جاهلاً في أحكام الشرع ، أو أن يقصد بطلبه مآرب خاصة ، فإنه والحالة هذه لا يولي ، وإلا كيف نفهم كلام الفقهاء بوجوب طلب القضاء واستحبابه في بعض الحالات ؟

من الأمثلة على القاعدة :

١- ما فعله النبي ﷺ عندما طلب منه أبو ذر رضي الله عنه الإمارة فقال له: إنك ضعيف وإنها أمانة ... .

٢- ما كان يفعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث كان لا يولي عملاً لرجل يطلبه ، وخاصة في تعيين الولاة والقضاة ، وكان يرى أن من طلب هذه الأمور لم يعن عليها[٢] .

الاستثناءات الواردة على القاعدة:

سبقت الإشارة إلى أن طلب القضاء قد يكون محرماً ، أو مكروهاً ، أو واجباً ، أو مندوباً ، أو مباحاً، وعليه فإن طالب الولاية لا يولى إذا كان الطلب محرماً ،أو مكروهاً ،وما سوى ذلك يكون استثناءً على هذه القاعدة ، والله أعلم .

([١]) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص١٤ ، الماوردي ، الحاوي ، ج٢٠ ، ص٦١ ، هـذا وقـد ألحـق النووي –رحمه الله – هذه الصورة بالاستحباب فقال :" فإن لم يكن له كفاية ، ولو ولي حصلت كفايته مـن بيت المال قـال الأكثرون: يستحب "، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص٩٣ .

([٢]) مجدلاوي ، الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب ، ص٢١٣ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

سبقت الإشارة إلى أن تعيين القضاة يتم عن طريق المجلس القضائي ، حيث يتم بعد الإعلان عن رغبة دائرة قاضي القضاة في تعيين عدد من القضاة الشرعيين في المحاكم الشرعية التابعة لها ، وتقديم الطلبات من قبل الراغبين في ذلك ، وممن تتوافر فيه الشروط المطلوبة ، يقوم المجلس القضائي بعقد مسابقة قضائية للمتقدمين ، ويتم على أساسها اختيار القضاة الشرعيين الذين حصلوا على أعلى العلامات ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل هذا يتعارض مع قاعدة طالب الولاية لا يولى ؟ للإجابة على هذا السؤال لا بد من النظر في الأمور التالية :

أولاً : هذه القاعدة ليست على إطلاقها ، بل هي مخصوصة في حالات معينة أشرت إليها فيما سبق [١] .

ثانياً : هناك حالات معينة أوجب فيها الفقهاء الطلب ، و في حالات أخرى استحبوه وأباحوه.

ثالثاً : ثم إن من القواعد المقررة فقهاً أنه لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الزمان [٢] ، فقد اتسعت البلاد وكثر العباد ، بخلاف ما كان عليه الأمر سابقاً ، إذ يصعب على ولي الأمر أو من له سلطة تعيين القضاة ،أن يحيط علماً بجميع من يصلح لتولي منصب القضاء في جميع أنحاء بلاده ، حتى يعيِّنهم دون طلب ، وعليه فلا بد من فتح المجال أمام كل من يجد في نفسه الكفاءة أن يتقدم بطلب لتعيينه حتى يتمكن ولي الأمر من أن يختار من بينهم الأكفأ والأقدر ، وأن يقدم في ولاية القضاء من هو أقوم بمصالحها .

رابعاً : السياسة الشرعية تقضي أن لا يعين الآن في زماننا قضاة إلا بطلب، وذلك لأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى فتح المجال أمام من يملك سلطة التعيين ، أن يختار من يشاء بحجة أن طالب الولاية لا يولى ، وقد لا يكون أهلاً لذلك .

لهذا كان من الضروري تقديم طلب من قبل من يرغب في التعيين لمنصب القضاء ، إذا وجد في نفسه الكفاءة لذلك [٣]، ومن هنا فإن تطبيق قاعدة " طالب الولاية لا يولى" ، إنما تكون على كل من ظهرت منه أمارات تدل على عدم كفاءته ، أو عدم نزاهته كأن يقدم مثلاً رشوة،

---

(١) انظر: ص ٢٤١ من هذه الأطروحة .

(٢) سوف يقوم الباحث إن شاء الله بشرح هذه القاعدة ،انظر: ص ٣٠٣ من هذه الأطروحة .

(٣) "فإن أبا بكر لما أُستخلف قال : لعمر ولأبي عبيدة أنه لابد لي من أعوان فقال عمر: أنا أكفيك القضاء، وقال أبو عبيدة : وأنا أكفيك بيت المال ،... " ، قلعه جي ، موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، ص٥٦٢ ، وكيع ، محمد بن خلف بن حبان ، (١٩٤٧م) ، أخبار القضاة ، ٣م ، المكتبة التجارية ، القاهرة ، ج١ ، ص١٠٤ .

أو يضع واسطة للحصول على هذا المنصب ،فهنا نقول بأن طالب الولاية لا يولى ، أما مجرد تقديم الطلب للتعيين في منصب القضاء فقط ، لا يكون فيه حرج إذا وجد المسلم في نفسه الأهلية للقيام به ، وأنه لا يتعارض مع قاعدة طالب الولاية لا يولى ، والله أعلم .

القاعدة الرابعة :

الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة [١]:

قبل أن أشير إلى معنى القاعدة لابد من بيان معنى الولاية [٢] وأنواعها :

الولاية : هي نفاذ التصرف على الغير ، وتقسم إلى قسمين :

الأول : الولاية العامة : هي ولاية الإمام الأعظم ، ونوابه ، وولاته ، وقضاته وتكون في الدين، والدنيا ، والنفس والمال ، وتتعلق بمرافق الحياة وشؤونها ، من أجل جلب المصالح للأمة ودرء المفاسد عنها [٣] .

الثاني : الولاية الخاصة : وهي ولاية المرء على غيره ، وتكون على النفس أو المال أو عليهما معاً[٤]، كولاية الأب والجد وغيرهم من الأولياء ، والأوصياء .

معنى القاعدة :

أن الولاية الخاصة كالولي ، أو الوصي تقدم على الولاية العامة ، كولاية السلطان أو القاضي ، ولذا فلا يجوز للسلطان ، أو القاضي أن يؤجر ، أو يبيع ، أو يشتري وغير ذلك من التصرفات العائدة لمصلحة القاصر ، مع وجود النائب الشرعي المختص بها من ولي أو وصي؛ لأن ولاية هذا النائب مخصوصة بهذه الشؤون فولايته فيها مقدمة على ولاية القاضي العامة [٥].

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٦٠ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٤٥٥،الزركشي المنثور ، ج٣ ، ص٣٤٥ ،الفاداني ، الفوائد الجنية ، ج١ ، ص٣١٩ ، علي حيدر ، ج١ ، ص٨٥ ، علي حيدر، درر الحكام ، ج١ ، ص٥٨ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٣١١ .

(٢) الولاية لغة : بالفتح والكسر النصرة والمحبة ، القونوي ، أنيس الفقهاء ، ص١٤٨ .

(٣) فهو يلي على الكافة تجهيز الجيوش ،وسد الثغور ، وجباية الأموال ، وصرفها في محلها ، وتعيين القضاة والولادة ، وإقامة الحدود ، والتعازير ، وفصل الخصومات ، وقطع المنازعات ، ونصب الأوصياء والمتولين ومحاسبتهم وغير ذلك ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٣١١ .

(٤) أبو فارس ، ساجدة محمد، (١٩٩٦م)، ولاية المرأة في الزواج والطلاق ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، إشراف الدكتور ، علي الصوا ، ص٦ ، وعرف الرصاع الولي بأنه: من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب ، أو إيصاء أو كفالة ، أو سلطنة ، أو ذو إسلام ، شرح حدود ابن عرفة ، ج١ ، ص٢٤١ .

(٥) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص ٨٥٢ ، وهذه القاعدة تتعلق بالسياسة الشرعية في الإدارة وتوزيع الصلاحيات والمسؤوليات في القوانين الحديثة اليوم ، المرجع السابق .

ويمكن أن يستدل على القاعدة بالسنة والمعقول :

أولا : السنة : فيقول عليه الصلاة والسلام : " السلطان ولي من لا ولي له [١] .

وجه الدلالة : أن الرسول ﷺ جعل ولاية السلطان على من لا ولاية له ، وهذا يفهم منه أن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ، وإلا لاعتبرت ولاية السلطان مع وجود من له الولاية الخاصة !

ثانياً : من المعقول : فقد اعتبر الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة من وجهين :

الأول : أنه كلما كانت الولاية المرتبطة بشيء أخص مما فوقها بسبب ارتباطها به وحده كانت أقوى تأثيراً في ذلك الشيء مما فوقها في العموم [٢] .

الثاني : الاعتبار بالخصائص هنا أولى من الاعتبار بالمراتب بمعنى أن الولاية الخاصة قد تتميز بخصائص ربما لا تتوفر في الولاية العامة فقدمت [٣].

وإتماما للفائدة لا بد من التنبيه على مسألتين :

الأولى : أن الولاية الخاصة للأهل والأولياء والأوصياء تنتقل إلى الحاكم بمقتضى الولاية العامة عند فقدهم لقوله ﷺ :" السلطان ولي من لا ولي له " .

الثانية : أن الولاية الخاصة وإن قدمت على الولاية العامة إلا أن لصاحب الولاية العامة حق المراقبة والاعتراض ، والتدخل في الشؤون المتعلقة بالولاية الخاصة ، إذا لاحظ فيها تقصيراً أو خيانة وما شابه ذلك ، فله أن يحاسب الأوصياء والمتولين ويعزل الخائن منهم وإن شرط الموصي أو الواقف عدم مداخلته [٤] .

([١]) هذا جزء من حديث مروي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " ، الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ، وقال : حديث صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه ، ج٢ ، ص١٨٣ ، إسماعيل بن محمد ، (ت١١٦٢هـ/١٧٢١م) ، كشف الخفاء ، ط٤ ، ٢م و (تحقيق : أحمد القلاش)، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠٥هـ ، ج١ ، ص٥٥٣ ، الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، وقال : حديث حسن، ج٣ ، ص٤٠٧، **حديث صحيح ، واللفظ للترمذي** .

([٢]) الأتاسي ، شرح المجلة ، ج١ ، ص١٤٧ .

([٣]) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٣٨٥ ، ومن ذلك ليس للحاكم أن يزوج الصغير مع وجود وليه لأن حنو الأب والجد على الأولاد أمر ظاهر ، المحاسني ، شرح المجلة ، ج١ ، ص٨٢ .

([٤]) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٣٨٥، وقد جاء في المادة (٢٠٧٨) من مجلة الأحكام الشرعية ، لا نظر للقاضي مع الولي ... لكن له الاعتراض إن فعل ما لا يسوغ ، القاري ،مجلة الأحكام ، ص٦٠٥ .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي [١] :

١- لو أجر القاضي عقاراً للوقف ، بما له من الولاية العامة على الوقف، وأجر متولي الوقف ذلك العقار نفسه ، يكون إيجار المتولي صحيحاً، ولا يعتبر إيجار القاضي ؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ، ولا يحق لصاحب الولاية العامة أن يتصرف بمال الوقف مع وجود صاحب الولاية الخاصة ، وإن كان القاضي هو الذي عين ذلك المتولي [٢] .

٢- أن القاضي لا يملك التصرف في مال الصغير ، مع وجود وصي الأب ، أو وصي الجد أو، وصي القاضي نفسه [٣] .

الاستثناءات الواردة على القاعدة :

استثنى الفقهاء من القاعدة مسائل أهمها :

أولاً : أن المتولي للوقف لا يملك العزل ، والنصب لأرباب الجهات بدون أن يشترط الواقف ذلك له ، ويملكه القاضي بدون شرط [٤] .

ثانياً : يملك القاضي إقراض مال الصغير دون الأب والوصي .

ثالثاً : يملك القاضي الاستقراض للوقف واستبداله بشروطه ، وإيجاره مدة طويلة عند مسيس الحاجة إلى تعميره ، ولا يملك المتولي ذلك [٥] .

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٦٠ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٣٣٣ ، الفاداني ، الفوائد الجنية ، ج٢ ، ص٣١٧ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٥٨ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ص٤٣١ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٣٥٨ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٥٨ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٤٥٧ .

(٣) أما مع وصي غير من ذكر كوصي الأم ومن شاكلها ممن كانت ولايته ضعيفة في المال من الأقارب فإنه يملك التصرف ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٣١٣ .

(٤) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٣١٣ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٤٣٢ .

(٥) المراجع السابقة .

والسبب في هذه الاستثناءات أن صيانة مال الأوقاف والأيتام هي من الحق العام ،فتجاوز الحدود المسموحة للأولياء والأوصياء والقوام ، والحق العام يعود إلى تقدير الولي العام،ولذا كان للقاضي محاسبتهم وعزلهم عند الاقتضاء بمقتضى النظر العام (الولاية العامة) ،وإن كان ليس له أن يباشر العقود مع وجودهم ، الزرقا المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص١٠٥٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

تعتبر قاعدة الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة [١]، من أهم القواعد الفقهية التي يعتمد عليها القضاء الشرعي ، ويبني عليها أحكامه ، ويمكن أن ندرك هذا من خلال ما يلي :

أولاً : أن قانون الأحوال الشخصية الأردني نص صراحة على أن:" الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة "[٢].

فالقانون جعل الولاية في الزواج للأقرب ثم الذي يليه ثم الذي يليه ، ولم يجعلها للقاضي ابتداءً ،مع أن له الولاية عامة فدل ذلك على أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة .

ثانياً : كما نص قانون الأحوال الشخصية على أنه:" إذا غاب الولي الأقرب ، وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه ، فإذا تعذر أخذ رأى من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي" [٣] .

وهذه المادة جعلت ولاية القاضي على المخطوبة تنتقل إليه بشروط هي :

١- غياب الولي الأقرب .

٢-عدم وجود الولي الذي يليه ، أو تعذر اخذ رأيه .

٣- وجود مصلحة للمخطوبة يخشى فواتها بانتظار قدوم وليها .

فهذا التشدد في انتقال الولاية إلى القاضي صاحب الولاية العامة ليدل دلالة واضحة على أن الولاية الخاصة أقوى ومقدمة على الولاية العامة .

ثالثاً : أن الناظر في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، يجد أنها تنص صراحة على هذه القاعدة في كثير من قراراتها، ومن ذلك علي سبيل المثال لا الحصر ما يلي :

١- "الولي هو صاحب الولاية الخاصة ،ولا يخفى أن الولاية الخاصة أقوى من ولاية القاضي العامة ومقدمة عليها ، ولا يحتاج إلى إذن في الدعوى " [٤].

---

(١) نصت المادة (٥٩) من المجلة على أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٥٨ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٩) وترتيب الأولياء هو الابن وابنه وإن نزل ، الأب ثم الجد (أبو الأب) وإن علا ، الأخ الشقيق ، الأخ لأب ..... ، السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص٩١.

(٣) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٢) .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (١٣٤٢١) تاريخ ١٩٦٤/٧/١٤م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات ، ج١ ، ص٢٩١ .

(٥) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (١١٧٧٦) تاريخ ١٩٦١/١١/١٣م، المرجع السابق ، ج١، ص٣٩٧ .

٢- " ولاية القاضي ولاية عامة ، وولاية الأب ولاية خاصة ،والولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة " [١] .

٣- " الولاية الخاصة كولاية الجد ، أقوى من ولاية القاضي العامة ، ومقدمة عليها ، لا يحتاج إلى إذن في الدعاوى" [٢] .

٤- كما أوجبت محكمة الاستئناف الشرعية على المحكمة البدائية أن تتحرى عن عدم وجود صاحب الولاية الخاصة ، لصحة تعيين الوصي المؤقت للمخاصمة عن فاقد الأهلية ، ومن ذلك ما جاء في قرارها :"... وجعل صاحب الولاية الخاصة مقدماً،وأنه الأولى وهو ما عرضت له المادة (٥٩) من المجلة بالنص الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" [٣] .

هذا وقد اعتبرت محكمة الاستئناف الشرعية مبادرة المحكمة بتعيين وصي مؤقت على المدعى عليه مثلا ، قبل التحقق من عدم وجود ولي ، أو وصي مختار من قبله على المدعى عليه لا يحقق الخصومة ، وموجب لفسخ الحكم [٤] .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القضاء الشرعي الأردني وإن قدم الولاية الخاصة على الولاية العامة ، إلا أنه منح صاحب الولاية العامة ، حق مراقبة ومحاسبة صاحب الولاية الخاصة[٥] ، كما منحه حق تقييد هذه الولاية ، أو منعها من التصرف إذا اقتضت مصلحة من جعلت الولاية لأجله ، ومن ذلك ما جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية " وليس للقاضي إقامة وصي من قبله ، ما دام الوصي المختار أهلا للوصاية ، إلا إذا ثبتت خيانته ،وعدم أهليته، فعلى القاضي عزله ، وإقامة وصي مؤهل من قبله ، مراعاة لحق فاقد الأهلية " [٦] .

---

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١١٧٧٦) تاريخ ١٩٦١/١١/١٣م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٣٩٧ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٣٤٢١) تاريخ ١٩٦٤/٧/٢٤ م، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٤١١ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار خماسي رقم (٢٢٨٧٥) تاريخ ١٩٨٨/٦/١٨م، المرجع السابق ج٢ ، ص١٤١٦.

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية،قرار رقم (٣٨١٣٢) تاريخ ١٩٩٤/١٢/١٥م،المرجع السابق،ج١،ص٤٦١.

(٥) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، (المادة ٢ ، فقره /١٤) .

(٦) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (٣٥٧٦٠) تاريخ ١٩٩٣/٥/٢٢م، داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٤١٨، هذا وقد جاء في المادة (١٢٤) من القانون المدني الأردني :
١- الأب والجد إذا تصرفا في مال الصغير ، وكان تصرفهما بمثل القيمة أو بغبن يسير صح العقد ونفذ.
٢- أما إذا عرفا بسوء التصرف، فللحاكم أن يقيد من ولايتهما،أو أن يسلبهما هذه الولاية .

إلا أن القضاء الشرعي الأردني منح القاضي صاحب الولاية العامة حق منع الـولي صـاحب الولاية الخاصة التعسف في استعمال حقه، وذلك في مسألة عضل الولي حيث نصت المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي [١]:

أ- للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفـؤ فـي حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع .

ب- أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها ، إلا إذا أتمت ثمانية عـشر عاما ، وكان العضل بلا سبب مشروع .

فالمادة أثبتت أن الولاية الخاصة للأب أو الجد مقدمة على الولاية العامة لكن إذا تعسف الأب أو الجد في استعمال حقهم سحبت ولايتهم وأسندت إلى القاضي .

---

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٦) كما أجاز القانون نقل الولاية من الولي الأقرب إلى القاضي فـي حال غيابه وكان فـي انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة، انتقل حق الولاية إلى من يليه ، فإذا تعذر اخذ رأي من يليه فـي الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي، قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة(١٢) .

القاعدة الخامسة :

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (١) :

معنى القاعدة :

هذه القاعدة ترسم حدود الإدارة العامة ، والسياسة الشرعية في سلطان الولاة وتصرفاتهم(٢) على الرعية (٣) ، فيجب على كل من كان له ولاية على غيره عامة كانت أو خاصة ، أن يكون تصرفه على ذلك الغير مبنياً على المصلحة حتى ينفذ تصرفه عليه وإلا فلا .

وعليه فالقاعدة تضع حداً للحاكم في تصرفاته كافة ، ولكل من يتولى أمراً من أمور المسلمين (٤) ، أن يكون تصرفاتهم وفقاً للمصلحة ؛ وذلك لأنهم ليسوا عمالاً لأنفسهم، وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلح التدابير لها ، وتحقيق كل ما هو خير للأمة في حاضرها ومستقبلها (٥) ، ولذا عبر الإمام السبكي عن القاعدة بقوله:" كل تصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة"(٦) .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالقرآن ، والسنة ، والمعقول وفيما يلي بيان لذلك :

أولا : من القران الكريم :

١- قوله تعالى :﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً ﴾ (٧) .

وجه الدلالة : قال القرطبي ـ رحمه الله ـ: هذه الآية من أمهات الأحكام تضمنت جميع الدين

---

(١) هذه القاعدة نص عليها الشافعي وقال :"منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم" ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٢٤ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٣٦٩، القرافي ، الفروق ، ج٤، ص٩٥، الزركشي ، المنثور ، ج١ ، ص٣٠٩ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٦٩ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٥٧ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٣٠٩ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٤ ، ص٣٠٧ .

(٢) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص١٠٥٠ .

(٣) الرعية :هي عموم الناس الذين هم تحت ولاية الولي ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٥٧ ، قلعه جي ، معجم لغة الفقهاء ، ص٢٢٤ .

(٤) الندوي ، القواعد الفقهية ، ج٢ ، ص١٠٥٠ .

(٥) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص١٠٥٠ .

(٦) السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٣١٠ .

(٧) سورة النساء ، آية (٥٨) .

والشرع ... ، والأظهر في الآية أنها عامة في جميع الناس ، فهي تتناول الولاة فيما لديهم من الأمانات في قسمة الأموال ، ورد الظلامات ، والعدل في الحكومات ، وتتناول من دونهم من الناس ، في حفظ الودائع والتحرز في الشهادات وغير ذلك [١] .

وعليه فإن هذا التفسير يبين أن الأمانات تتضمن الولايات كلها الدينية ، والدنيوية كبيرها، وصغيرها ، وأنه يتحتم على كل من يقوم بولاية ما أن يقيم العدل ويزن الأمور بالقسطاس المستقيم[٢] .

٣- قوله تعالى : ﴿ وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً ﴾ [٣] ، وقوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ [٤] ، وقوله : ﴿ وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ [٥] .

وجه الدلالة : فهذه الآيات جميعها تفرض على كل من ولي شيئاً من أمر الأيتام أو السفهاء الاحتياط في حفظ أموالهم ، وأنه لا يصح التصرف في أموالهم إلا بالخصلة التي هي أنفع لهم ، كاستثماره وحفظه بما يعود عليهم بالمصلحة والفائدة [٦] .

ثانياً : من السنة :

١- قوله ﷺ:" كلكم ارع وكلكم مسؤول عن رعيته ، الإمام راعٍ ومسؤول عن رعيته ، والرجل راعٍ في بيت أهله ومسؤول عن رعيته "[٧] .

٢- قوله ﷺ:" ما من عبد يسترعيه الله رعية فلم يحطها بنصحه لم يجد رائحة الجنة "[٨] .

---

(١) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج٥ ، ص١٦٥ .

(٢) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٢٨١ .

(٣) سورة النساء ، آية (٥) .

(٤) سورة النساء ، آية(٦) .

(٥) سورة الإسراء ، آية(٣٤) .

(٦) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٢٨٢ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٣٥٤ .

(٧) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الجمعة ، باب الجمعة في القرى والمدن ، ج١ ، ص٣٠٤ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإمارة ، باب كراهة الإمارة بغير ضرورة ، ج٣ ، ص١٤٥٩ ، **واللفظ للبخاري** .

(٨) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الأحكام ، باب من استرعى رعية فلم ينصح ، ج٦ ، ص٢٦١٤ .

٣- قوله ﷺ : " ما من وال يلي رعية من المسلمين فيموت وهو غاش لها إلا حرم الله عليه الجنة "[١] .

وجه الدلالة من الأحاديث فهي بمجموعها توجب على كل من ولي أمراً من أمور المسلمين أن يكون على قدر هذه المسؤولية ، وتحمل الأمانة ، وأن يؤديها على أكمل وجه بالنصح لمن تحت ولايته ، بالنظر لهم لما فيه مصلحتهم في الدنيا والآخرة ، وإلا كان مستحقا لحرمانه من الجنة .

وقد جاء في معنى القاعدة [٢] قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة والي اليتيم ، إن احتجت أخذت منه ، فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعففت " [٣]

وجه الدلالة : قياس تصرف الحاكم في مال المسلمين على تصرف الوالي في مال اليتيم بجامع أن كلاً منهما الحاكم أو الوالي يجب عليهما أن يتصرفا لما فيه مصلحة من هم تحتهم .

رابعاً : من المعقول : أن الوالي ما جعل أصلا إلا لعجز من تحته عن القيام بما يصلحهم فالواجب عليه إذن أن يكون تصرفه عليهم محققاً لمصلحتهم ، وإلا لم يحقق الغاية من وجوده .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي : [٤]

١- ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما استثمر أموال اليتيم ، بأن دفعها إلى التجار[٥]؛ وذلك لأن مصلحة اليتيم أن يستثمر ماله ، ليزداد من ناحية ، ومن ناحية أخرى حتى لا تأكله الزكاة .

٢- لو عفا السلطان عن القاتل من لا ولي له يصح عفوه ولا يسقط القصاص لان الحق للعامة والإمام نائب عنهم فيما هو أنفع لهم ،وليس من النظر إسقاط حقهم مجاناً ، وإنما له القصاص أو الصلح [٦] .

٣- لا يجوز للقاضي أن يهب أموال الوقف، وأموال الصغير ؛ لأنه لا مصلحة لهما في ذلك

---

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الأحكام ، باب من استرعى رعية فلم ينصح ، ج٦ ، ص٦٧٣٢ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإيمان ، باب استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار ، ج١ ، ص١١٧ ، **واللفظ للبخاري** .

(٢) قال السيوطي ـ رحمه الله ـ :" أصل ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٦٩ .

(٣) البيهقي ، السنن الكبرى ، ج٦ ، ص٤ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٢٤ ، القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص٩٦ ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٣١٠ ، المحاسني ، شرح المجلة ، ج١ ، ص٨١ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٣٠٩، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٤٣٨ .

(٥) قلعه جي ، موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، ص٦٨٦ .

(٦) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٧٠ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٣٠٩ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

تطبيقات القاعدة الفقهية التصرف على الرعية منوط بالمصلحة [١] في القضاء الشرعي الأردني كثيرة جداً ، ذلك لأن الناظر في كثير من مواد قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وقانون الأحوال الشخصية ، وقرارات محكمة الاستئناف الشرعية، يرى إنها ما جاءت إلا مراعاةً للمصلحة ، وفيما يلي بيان لبعض هذه الأمثلة :

أولاً : قانون أصول المحاكمات الشرعية :

١- نصت المادة(٤ فقره /٢) : "أن لمحكمة محل إقامة الصغار وفاقدي الأهلية تعيين الأوصياء والقوام ، وللمحكمة التي في منطقتها العقار إعطاء الإذن لهم" [٢] .

فهذه المادة تدل على أن تصرف المحكمة بتعيين الأوصياء أو القوام على الصغار وفاقدي الأهلية ، إنما هو رعاية لمصالحهم والقيام على شؤونهم ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

٢- نصت المادة (١٠) على أن:"الحجر على السفيه [٣] لا يكون إلا ضمن دعوى شرعية على أن للقاضي منعه من التصرف إلى نتيجة الدعوى ، إذا رأى من ظروف القضية ما يستدعي ذلك"[٤] .

فإعطاء القاضي حق منع السفيه من التصرف ، ما هو إلا تطبيق لقاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

٣- أوجب القانون أصول المحاكم تبليغ المدعى عليه الأوراق القضائية ، وذلك رعاية لمصلحته ليكون على بصيرة وعلم فيما سيتخذ بحقه ، وكيف يمكن له أن يدافع عن نفسه ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٢٦) :" إذا كان المدعى عليه قاصراً ، أو شخصاً فاقد الأهلية تبلغ الأوراق القضائية إلى وليه أو الوصي عليه" [٥] ؛ لأن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ،ولا مصلحة في تبليغ القاصر أو فاقد الأهلية .

---

(١) القانون المدني الأردني ، المادة (٢٣٣)، حيث نصت :" التصرف على الرعية منوط بالمصلحة "، وكذلك نصت المادة (٥٨) من مجلة الأحكام العدلية ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٥٧ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة ، (٤ فقره/٢) .

(٣) السفيه : هو الذي ينفق ماله في غير موضعه ، أي خلافاً لما يقتضيه الشرع والعقل ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ، ص٦٥٧ ، المادة (٩٦٤) .

(٤) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٠) .

(٥) المرجع السابق ، المادة (٢٦) .

ثانياً : قانون الأحوال الشخصية : وقد جاءت تطبيقات القاعدة فيه كثيرة ولكن الباحث يرى الاقتصار على ذكر بعضها على سبيل المثال :

١- انه يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يكن كل منهما قد أتم السنة الشمسية الثامنة عشرة [١] إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن إذا كان قد اكمل الخامسة عشرة من عمره ، وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات أصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية [٢] .

فالمادة صريحة في أنه لا يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج لمن لم يتم الثامنة عشرة سنة شمسية من عمره ، إلا إذا كان لهما مصلحة عي هذا الزواج وقد أتما الخامسة عشرة من عمرهما ، فللقاضي في هذه الحالة أن يأذن لهما بالزواج ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

٢- للقاضي عند طلب الحق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفؤ في حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع ،أما إذا كان العضل من قبلهما فلا ينظر في طلبها ، إلا إذا كانت أتمت الثامنة عشرة من عمرها ، وكان العضل بلا سبب مشروع[٣] .

فالقانون إنما فعل ذلك مراعاة لمصلحة الفتاة ، والأصل في الولي أن يكون تصرفه على من تحت ولايته تصرف مصلحة لا مضرة ، فإذا أدت ولايته إلى الإضرار بمن تحت ولايته ، أو حرمانه من مصلحة مشروعة بلا سبب مشروع ، انتقلت الولاية إلى القاضي رعاية لمصلحة من جعلت الولاية لأجله .

٣- منع القانون إجراء العقد على المرأة التي لم تكمل الثامنة عشرة من عمرها إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاما، إلا بعد أن يتحقق القاضي رضاءها واختيارها ، وان مصلحتها متوفرة في ذلك ([٤]) .

فالظاهر من هذا الزواج أن لا مصلحة للمرأة فيه ، ولذا منعه القانون إلا بعد أن يتحقق القاضي

([١]) هكذا وردت العبارة في نص القانون والصواب أن يقال :قد أتم الثامنة عشرة من عمره ، أو ثماني عشرة سنة شمسية ، أو قد أتم السنة الشمسية الثامنة عشرة .

([٢]) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١م، المادة رقم (٢) انظر: هذه التعليمات ، الظاهر التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية المعدلة، لسنة ٢٠٠٢م ، ص١٦ .

([٣]) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة رقم (٦) .

([٤]) المرجع السابق ، المادة رقم (٧) .

رضاء المرآة وعدم إكراهها ، وتحقق مصلحتها في هذا الزواج ؛ لأن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

٤- للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته ، إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له[١] ، وذلك لأن تصرف القاضي على من تحت ولايته منوط بالمصلحة .

٥- إذا تعدد أصحاب الحق في الحضانة الذين هم في درجة واحدة ، فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون [٢] ، وهكذا كل أحكام الحضانة فالتصرف فيها منوط بمصلحة المحضون.

ثالثاً : محكمة الاستئناف الشرعية :

المتتبع لقرارات محكمة الاستئناف الشرعية يجد أنها في كثير من قراراتها ، يكون دافعها المصلحة ، ومن ذلك على سبيل المثال ما يلي :

١- " ...لأن من المسلم به أن الأصل في الحضانة للنساء ، وأنهن أشفق وأرفق بالصغار وأجدى لتربيتهم ، وأن الحضانة ولاية ، وأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات فكانت جهة الأم مقدمة على جهة الأب ، ومن المعلوم أن الولاية منوطة بمصلحة المولى عليه "([٣]) .

٢- " ... إن رعاية مصلحة فاقد الأهلية تقتضي لزوم التحري عن عدم صاحب الولاية الخاصة لصحة تعيين الوصي المؤقت للمخاصمة عن فاقد الأهلية" ([٤]) .

٣- "... إن تهاون المتولي في أمور الوقف ، وفعل ما لا يجوز له التصرفات يعتبر من الخيانة، فيكون عزله من أجل ذلك عزلاً لخيانته ، وإن المتولي إذا كان متولياً على أوقاف متعددة، وظهرت خيانته في بعضها ، يعزل عن الكل" ([٥]) ؛ وذلك لأن الولاية على الوقف يجب أن تكون منوطة بمصلحة الموقوف عليهم .

([١]) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٨) .

([٢]) المرجع السابق ، المادة (١٥٧) .

([٣]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣٢٦٥٢) ، تاريخ ١٩٩١/٣/٥ م، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٥٣٦ .

([٤]) سبق أن أشار الباحث إلى هذا القرار وذكر أن عدم تحري المحكمة عن عدم وجود صاحب الولاية الخاصة لصحة تعيين الوصي الوقت للمخاصمة موجب لفسخ الحكم ،انظر: ص من هذه الأطروحة .

([٥]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٦٨١) تاريخ ١٩٥١/١/١٣م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٣٧٥ .

القاعدة السادسة :

التهمة تقدح في التصرفات إجماعا [١] :

معنى القاعدة :

القضاء في الإسلام من أجل المناصب وأخطرها ، وعن طريقه تـنقض الخـصومات ويزال الضرر ، وترد الحقوق إلى أربابها ، ولذا لزم أن يقوم على أسس محكمة دقيقة ، و ينزه ويصان عن الشبهات والشوائب[٢] ، ولذا فإن الأصل في تصرفات القاضي أن تكون بعيدة كـل البعد عن كل ما من شأنه أن يثير شبهة تقدح في مصداقية هذا التصرف ، ضماناً لحياد القاضي وتحقيقاً لمبدأ العدالة ، فإذا وجدت التهمة [٣] التي من شأنها إثارة الشكوك حول نزاهة القاضـي وحياده ، فإنها تحول دون نفاذ حكمه ، بل إن توافر التهمة في حق القاضي موجب من موجبات نقض الحكم [٤] .

وقد استدل الفقهاء على هذه القاعدة بما يلي :

١- قول النبي ﷺ : " لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين " [٥] أي متهم .

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ رفض شهادة المتهم ومن لا تجوز شـهادته لا يجـوز حكمـه[٦] ، وعليه فحتى تقبل الشهادة من الشاهد ، والحكم من القاضي ، لا بد أن يكون بعيداً كل البعد عن التهمة التي تقدح في هذا التصرف .

---

(١) القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص١٠٣ ، الحريري ، القـواعـد الفقهية ، ص٧٤ ، ٩٨ ، الندوي ، القـواعـد الفقهية ، ص ٣٩١ .

(٢) الندوي ، القـواعـد الفقهية ، ص ٣٩٢ ، وهـذه القاعدة ليست خاصة بالقاضي بل هي فـي كل من يلي أمرا مـن أمور المسلمين العامة ، فالتهمة أن وجدت فعلاً فإنها تقدح في تصرفاته .

(٣) التهمة لغة : بسكون الهاء وفتحها الشك والريبة ، والمعنى الاصطلاحي لا يخرج عـن هـذا المعنى ، ابن منظور ، لسان العرب ، ج١٢ ، ص٦٤٤ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج ١٤ ، ص٩٠ .

(٤) زيدان نظام القضاء ، ص٢٢٩ ، حيث اعتبرها القاعدة الخامسة مـن قواعد النقض والإبرام للـحكم فقال : " القاعدة الخامسة : التهمة تؤثر في حكم القاضي وتعرضه للنقض" .

(٥) المباركفوري ، محمد بـن عبد الرحمن ، (ت١٣٥٣هـ /١٩٣٨م) ، تحفة الأحـوذي ، ١٠م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، حيث قال :" حديث ضعيف ، قال البيهقي : لا يصح من هذا شيء عن النبي ﷺ ، وفـي الباب أيضاً عـن عمر لا تقبل شهادة ظنين ولا خصم ، أخرجه مالك فـي الموطأ موقوفاً على عمر وهـو منقطع " ، ج٦ ، ص٤٧٩ ، **الحديث ضعيف** .

(٦) عبد الرزاق ، مصنف عبد الـرزاق ، ج٨ ، ص٣٠٠ ، قلعه جي ، مـوسوعة فقه عمـر بن الخطـاب ، ص٥٦٦ .

٢- الإجماع : فقد نقل القرافي الإجماع على ذلك [١] .

٣- ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ :أنه منع القضاة من العمل بالتجارة ، وقبول الهدايا والرشاوى فكتب إلى أبي موسى الأشعري :" لا تبيعن ولا تبتاعن ، ولا تضاربن ولا ترتشي في الحكم "[٢] ، لأن هذه الأعمال مظنة التهمة .

٤- ومن المعقول : فإن قضاء القاضي لنفسه ،أو لقرابته ،أو لشريكه في تجارته ... ، أو قضاءه على عدوه... فيه مظنة التهمة ، ذلك أن القاضي بشر فيميل بفطرته إلى محاباة نفسه ،أو أقاربه ، والانتقام من عدوه ، فكان لا بد من منعه من أي تصرف تتحقق فيه معنى التهمة .

أسباب التهمة[٣] :

أولاً : حكم القاضي لنفسه ولمن لا تقبل شهادته له .

ثانياً : قبول القاضي للهدية .

ثالثاً : قضاء القاضي على عدوه .

رابعاً : عمل القاضي بالبيع والشراء .

خامساً : قبول القاضي الدعوة الخاصة .

سادساً : عدم التسوية بين الخصوم .

وبعبارة أخرى يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة ، وسوء الظن به، كقبول دخول أحد المتخاصمين إلى بيته ، والاختلاء مع أحدهما في مجلس الحكم ،أو الإشارة لأحدهما باليد ، أو بالعين ، أو بالرأس ، أو التكلم مع أحدهما كلاماً خفياً ، أو بلسانٍ لا يفهمه الأخر ، أو القيام لأحدهما ، أو الضحك في وجه أحدهما ، أو بإرشاد أحدهما أثناء المحاكمة ؛ لأنه يوجد في كل حال من هذه الأحوال ميل لأحد الطرفين ، وجور على الطرف الأخر ، فيجب على القاضي الاحتراز من ذلك ؛ لأنه بذلك يسبب انكسار قلب الخصم الأخر، إذ أن المدعي إذا رأى ميل القاضي إلى خصمه ، يحمله ذلك على ترك دعواه ، ويوجب ذلك ضياع حقه [٤] ،

---

(١) القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص١٠٣

(٢) عبد الرزاق ،مصنف عبد الرزاق ،ج٨ ،ص٣٠٠ ، قلعه جي ،موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، ص٥٦٦ .

(٣) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ،ص ٥٨ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٤٩ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ،ص ٥٨٦ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٧٢ ، ميارة ، شرح ميارة ، ج١ ، ص٢٥ ، ابن أبى الدم ، أدب القضاء ، ص١١٣ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ،ص١٤٢ البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤٠٥ ، القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، ٦٠٠ ، المادة (٢٠٥٩) .

(٤) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٩٣ .

والشعور بالظلم ، وعدم الثقة بالقضاء ، إن كان مدعى عليه .

فالقاضي الذي يعرض نفسه للتهمة يعرض حكمه للنقض حتى ولو كان بذاته صحيحاً وسليماً فحكم القاضي يجب نقضه ، إذا تحققت التهمة التي توجب ذلك ، ولو كان الحكم صحيحاً، وذلك لأن درء المفاسد أولى من جلب المصالح ، وحتى لا يبقى للخصم أدنى شك في نزاهة القضاء، وحياد القاضي، فيثق الناس بالقضاة وأحكامهم ، والله أعلم .

مراتب التهمة :

للتهمة مراتب وفي ذلك يقول القرافي- رحمه الله -: " قضاء القاضي لنفسه يُفسخ ؛ لأن القاعدة أن التهمة تقدح في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة ، وهي مختلفة المراتب فأعلى رتب التهمة معتبر إجماعاً ، كقضائه لنفسه ، وأدنى رتب التهم مردود إجماعاً ، كقضائه لجيرانه وأهل صقعه وقبيلته ، والمتوسط من التهم مختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثاني ... " [١] .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي [٢] **:**

١- تلقين القاضي أحد الخصمين حجته .

٢- أن يحكم القاضي لنفسه ، أو لولده ، أو والده ، أما أن يحكم عليهم ، فيصح لانتفاء التهمة .

٣- قبول القاضي الهدية من أحد الخصمين ،ولذا كان من توجيهات عمر بن الخطاب ﵁ للقضاة أن لا يقبل القاضي أي نوع من الهدايا[٣].

٤- عدم قبول شهادة الشاهد ، إذا جرت له مغنماً ، أو دفعت عنه مغرماً [٤] .

---

(١) القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص١٠٣ ،الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٥٠ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٩٣ ، المادة (١٧٩٨) ،ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٧٢ ، ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٤ ، ص٣٦٢ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات، ج٣ ، ص٥٠٢ ، القاري، مجلة الأحكام الشرعية ، ص٦٠٠ ، المادة (٢٠٥٩) .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٥٠ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٧٢ .

(٣) مجدلاوي ، الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب ، ص٢٣٨.

(٤) وهذا بسبب وجود تهمة الكذب في شهادته ، ولذلك اعتبرها بعض الفقهاء قاعدة من القواعد المتفرعة عن قاعدة التهمة تقدح في التصرفات ، فقالوا :"كل شهادة جرت مغنماً أو دفعت مغرماً لم تقبل" ، ابن حمزه ، محمود بن محمد ، (ت١٣٠٥هـ/١٨٩٠م) ،الفرائد البهية في القواعد الفقهية ، ط١ ، ١م ، دار الفكر، دمشق ، ١٩٨٦م ، ص١٢٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني حريص كل الحرص على أن تكون أحكامه بعيدة كل البعد عن أية تهمة تقدح مصداقيتها ، أو تثير من الشكوك حول نزاهتها ، ولذا يمكن أن ندرك موقف القضاء الشرعي من قاعدة التهمة تقدح في التصرفات إجماعاً [١] من خلال ما يلي :

أولاً : قانون تشكيل المحاكم الشرعية :

١- أن هذا القانون لم يجز للقاضي الجمع بين وظيفة القضاء ، ومزاولة التجارة ، أو أية وظيفة أو مهنة أخرى [٢] .

وهذا المنع من مزاولة التجارة ،أو أية وظيفة ، أو مهنة أخرى ، مظنة أن لا يتهم القاضي في حكمه ، فلا يحابي مثلاً شريكاً ، أو عميلاً له في تجارته ،وقس عليها كل تصرف يؤدي إلى مظنة التهمة .

٢- كما اعتبر القانون أن أي إخلال بواجبات الوظيفة ، وكل عمل يمس الشرف والكرامة ، أو الأدب ، يشكل خطأ يعاقب عليه القاضي تأديبياً ، ويشمل الإخلال بواجبات الوظيفة : تأخير البت بالدعاوى ، وعدم تحديد موعد لإفهام الحكم ، والتميز بين المتقاضين ، وإفشاء سر المداولة، والغياب بدون معذرة ، وعدم التقيد بأوقات الدوام ، ولقاضي القضاة من تلقاء نفسه أو بناء على تنسيب رئيس المجلس حق تنبيه القضاة إلى كل ما يقع منهم مخالفاً لواجباتهم ، أو وظيفتهم، ويكون التنبيه شفاها أو كتابة[٣] .

فقد اعتبر القانون الإخلال بواجبات الوظيفة ، وكل عمل يمس الشرف والكرامة والأدب، خطأ يعاقب عليه القاضي تأديبياً ، ومن ذلك مثلاً التمييز بين المتقاضين فإن هذا موجب للتهمة ، التي يجب على القاضي أن ينزهه نفسه عنها ، ولكن الباحث يرى هنا أن عقوبة التنبيه بحق المخالف قد لا تكون كافية ، لردع من تسول له نفسه القيام بمثل هذه الأعمال .

ثانيا : قانون أصول المحاكمات الشرعية:

١- الأصل أن تجري المحاكمة في المحاكم الشرعية بصورة علنية [٤] ،وهذا إن دل على شئ

---

(١) نصت المادة (١٧٨٩) من المجلة :" يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة ، وسوء الظن ، كقبوله دخول أحد الطرفين إلى بيته ... " ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٥٩٣ .

(٢) قانون تشكيل المحاكم الشرعية ، الفصل الثالث ، واجبات القضاة المادة (٨) .

(٣) المرجع السابق ، الفصل العاشر في محاكمة القضاة وتأديبهم ، المادة (٢٣) .

(٤) و قد أجاز القانون إجراء المحاكمة سراً في حالات خاصة... ، قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة(٤٦) .

فإنما يدل على حــرص القضاء الشرعي على إبعاد أية تهمة بالنسبة لسير المحاكمة ، فأبواب المحاكم مفتوحة ، وبإمكان أي شخص أن يحضر المحاكمة ، ويطلع على إجــراءات ســيرها ، وفي هذا ضمان لحياد القاضي .

٢- أنه رتب على رئيس المحكمة ، أو القاضي ، أن يأمر بتدوين كل ما يطلبه ، أو يعرضه أي فريق من الفرقاء أثناء استماع الدعوى ، وخلال الإجراءات المتخذة فيها ، إلا إذا كان المطلوب تدوينه لا علاقة له بالقضية ، وحينئذ يحق للفريق الذي يعنيه الأمر أن يقدم لائحة مستقلة يدون فيها ما يريد ضمه إلى ضبط القضية ، وفي هذه الحالة لا يحق للمحكمة رفض الطلب [١] .

ولعل في هذا الإجراء حماية للقاضي ، من أية تهمة في نيته بإخفاء أي وقائع معينــة، لصالح الطرف الأخر .

٣- أنه أعطى الحق لكل من المدعي ، والمدعى عليه ، أن يقدم إلى رئيس محكمة الاســتئناف الشرعية ، استدعاء على نسختين يطلب فيها تنحية القاضي[٢] من النظر في الدعوى ، لأي سبب من الأسباب التالية [٣] :

١- أن يكون للقاضي منفعة مالية في الدعوى المقامة لدية رأساً ، أو بسببها .

٢- إذا كان القاضي من أصل ، أو فروع أحد الخصمين ، أو بينه وبين أحدهما قرابة مصاهرة من الدرجة الثانية أو الثالثة .

٣- أن يكون بين القاضي وبين أحد الخصمين عداوة ظاهرة .

٤- أن يكون للقاضي دعوى مع أحد الخصمين ، قبل إقامة الدعوى أمامه .

٥- إذا سبق أن أبدى القاضي رأيه في الدعوى ،بصفته قاضياً، أو ممثلاً للنيابة ،أو محكمــاً ،أو وكيلاً .

فهذه الأسباب هي مظنة التهمة ، ولذا يحق لأي من الخصوم أن يطلب رد القاضي عن نظر الدعوى ضماناً لحياده ، ودفعاً للتهمة عنه .

٤- أنه أجاز لأحد الخصمين أو من يقوم مقامه أن يطلب إعادة المحاكمة في الأحكام الــصادرة من المحاكم الاستئنافية ، والأحكام التي تصدر من المحاكم البدائية ... وذلك في الأحوال التالية:

---

(١) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة(٥٥) .

(٢) وهنا يفرق بين طلب رد القاضي الــذي يتقدم به الخصوم فيسمى رد القاضي ، أما إذا طلب القاضي تنحيته عن رؤية الدعوى ولم يطلب الخصوم ذلك فيسمى تنحية القاضي .

(٣) المرجع السابق ، المادة(١٢٥) ، وتقرر محكمة الاستئناف الشرعية تنحية القاضي عــن النظر في الدعوى ، والكتابة إلى قاضي القضاة لانتداب أحد القضاة للنظر فيها ، المرجع السابق ، المادة (١٢٧/فقره٣) .

وذكر منها: إذا قضى الحاكم بشيء لم يطلبه الخصوم ، أو بأكثر مما طلبوه [١] .

فحكم القاضي في هذه الحالة بشيء لم يطلبه الخصوم ، أو بأكثر مما طلبوه ، باعث على التهمة ؛ لأنه لا يحكم إلا بطلب.

ثالثا : محكمة الاستئناف الشرعية ويظهر ذلك من خلال القرارات التالية :

١- " ليس للقاضي أن يحكم بعلمه في الدعوى " [٢] ، وذلك بان يكون القاضي قد اطلع على ظروف القضية فعلم بها دون أن يكون معه ما يثبت ذلك فحكم القاضي بعلمه هنا مظنة التهمة ، والتهمة تقدح في الحكم ، ولذا يجب على القاضي أن يستند إلى وسائل الإثبات المعتبرة في القانون لا أن يعتمد على علمه في إصدار أحكامه حتى لا يتهم .

٢- " إذا كان القاضي من أصل ، أو فروع أحد الخصمين ، أو بينه وبين أحدهما قرابة ،أو مصاهرة من الدرجة الثانية أو الثالثة ، عليه أن يمتنع عن حضور جلسات الدعوى ، والحكم بها، ولو لم يطلب أحد الفرقاء رده ، وحينئذٍ يخبر قاضي القضاة بذلك بعد تدوينه في محضر خاص ، وعلى قاضي القضاة إحالته إلى محكمة الاستئناف" [٣] .

والسبب في ذلك هو تحقق التهمة للقاضي ، والتهمة تقدح في تصرفاته ، وأحكامه ، ولذا كان اجتهاد محكمة الاستئناف بأن على القاضي أن يمتنع من حضور جلسات الدعوى .

٣-" لا يجوز للجار أن يكون خبيراً في الكشف على المسكن ؛ لأن إخباره من قبيل الشهادة لنفسه "[٤].

وقد منع القانون الجار من أن يكون خبيراً في الكشف على المسكن خشية التهمة ؛ لأن القانون يشترط في اعتبار المسكن شرعياً وجود جيران صالحين [٥] ، فإذا جعل الجار خبيراً فكأنه يشهد بصلاح نفسه .

([١]) قانون معدل لقانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة رقم (١٠ فقره /٤) .

([٢]) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (١٠٣٢٧) تاريخ ١٩٥٩/٥/٢٦م، داود ،القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٣٢٧ .

([٣]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم ، (٣٩٥٨٢) تاريخ ١٩٩٥/١٠/٢٨م ، وكذلك في كل أسباب الرد ، المرجع السابق ، ج١ ، ص٤٤٣ .

([٤]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار قم (١٧٣٤٩) ،تاريخ ١٩٧٢/١٢/٢٦م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٧٠٦ .

([٥]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٩٢١٢) تاريخ ١٩٥٦/٨/٦ م، المرجع السابق ، ج١، ص٦٨٣ .

القاعدة السادسة :

لا ضمان على القاضي إذا أخطأ ما لم يكن متعمداً [١] :

معنى القاعدة :

هذه القاعدة مهمة في القضاء ؛ لأنها ترفع الحرج عن الحكام والقضاة [٢]، ذلك أن القاضي يحكم باجتهاده ، والمجتهد قد يصيب وقد يخطئ ، والقاضي نائب عن الشرع عامل لغيره [٣] ، فإذا اجتهد القاضي وكان أهلاً لذلك ، وأخطأ بعد استفراغ جهده فلا ضمان [٤] عليه ، أي نه لا يتحمل تبعة خطئه في الحكم ما لم يكن متعمداً ،وذلك لأن خطأ السلطان في الأموال على الاجتهاد هدر [٥] .

وهذه القاعدة وإن أسقطت الضمان عن القاضي ، إلا أن هذا لا يعني سقوط الضمان مطلقاً، فقد يجب على عاقلته أو بيت مال المسلمين ، أو على المحكوم له.

ويمكن أن يستدل على القاعدة بالسنة، وما روي عن بعض الصحابة ، وبالمعقول وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : من السنة النبوية :

١- قوله ﷺ: " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أيصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"[٦] .

وجه الدلالة : أن الحديث دل على أنه لا إثم على القاضي ديانةً إذا حكم باجتهاده ، وكان أهلاً لذلك ، كما أنه لم يضمنه نتيجة خطئه ، بل على العكس تماماً فقد رتب له أجراً .

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٢٢٣ ، الحموي، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٤١ ، ابن حمزة الفرائد البهية في القواعد الفقهية ، ص٣١٩ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص ١٠٨٧ ، حيث قال بعد أن أورد القاعدة : " وهذا مبدأ تبنته النظريات الحديثة في مسؤولية الدولة مدنياً عن أخطاء عمالها في عملهم الحكومي، إذا لم يتعمدوا الإساءة ، فإن تعمدوا كانوا هم الضامنين"، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٣٩٣ ، العبد اللطيف ، القواعد والضوابط الفقهية ، ج٢ ، ص٧١٩ .

(٢) الندوي ، القواعد الفقهية ، ج٣ ، ص٣١٩.

(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٤ ، ص٣٥ .

(٤) الضمان لغة :من ضمن والضمين الكفيل ، ضمن الشيء ضمناً وضماناً ، كفل به ، ابن منظور ، لسان العرب ،ج١٣،ص٢٥٧، والمعنى هنا أن القاضي لا يتحمل تبعة خطئه في الحكم لا في نفسه ولا في ماله.

(٥) أي ساقط وهذه قاعدة فقهية مشهورة ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٦٧ .

(٦) سبق تخريجه انظر : ص ٢١٥من هذه الأطروحة .

٢- قول النبي ﷺ : " إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فاقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً ،فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار [١] .

وجه الدلالة : فقوله فلا يأخذه فإنما قطع له قطعة من النار دليل على عدم إثمه ، وعدم الإثم دليل على أنه فعل ما أذن له فيه شرعاً ، ومن فعل ما أذن له فيه شرعاً لم يضمن بنفسه[٢].

ثانياً : فعل الصحابة رضي الله عنهم :

١- فقد روي أن رجلين أتيا علياً ﷺ ، فشهدا على رجل أنه سرق ، فقطع يده ، ثم أتياه بأخر فقالا : هذا الذي سرق وأخطأنا على الأول ، فلم يجز شهادتهما على الأخر ، وأغرمهما دية الأول وقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما [٣] .

وجه الدلالة : أنه جعل الغرم على الشاهدين ، وعلق القصاص منهما على كونهما تعمدا ذلك[٤]، ولم يلزم نفسه ـ باعتباره قاضياً ـ بشيء .

٢- ما وري عن عمر ابن الخطاب ﷺ ، أنه دعا امرأة إلى مجلسه لاتهامها بالسوء ، وكانت حاملاً فلما بلغتها دعوته ﷺ ، خافت فأجهضت جنينها ، فشاور الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فقال بعضهم : لا شيء عليك ، إنما أنت مؤدب ، وقال علي : عليك الدية ، فقال عمر : عزمت عليك لا تبرح حتى تقسها في قومك [٥] .

وجه الدلالة :أنه لم يجعل الضمان على القاضي في مال نفسه ،بل جعله على العاقلة [٦].

ثالثاً : من المعقول :

إن جعل الضمان في مال القاضي يؤدي إلى تقاعس الناس عن تولي منصب القضاء، فتتعطل بذلك مصالح الأمة ، ويتوقف مرفق من أهم مرافق الدولة الإسلامية ، فالقاضي هو نائب

---

(١) سبق تخريجه ، انظر : ص ٢٢٦ من هذه الأطروحة .

(٢) العبد اللطيف ، القواعد والضوابط الفقهية ، ج٢ ،ص٧٢٣ ، الزرقا ،المدخل الفقهي العام ، ج ، ص١٠٣٥ .

(٣) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٢ ، ص٢٢٧ ، البيهقي ، السنن الكبرى ، ج٨ ، ص٤١ .

(٤) ابن قدامة ، المغني ، ج٨ ، ص٢٣٣ ، العبد اللطيف ، القواعد والضوابط الفقهية ، ج٢ ، ص٧٢٤ .

(٥) عبد الرزاق ، مصنف عبد الرزاق ، ج ٩، ص٤٥٨ .

(٦) والأولى في ذلك هو بيت مال المسلمين ، وليس العاقلة ؛ لأن القاضي نائب عن المسلمين ، ووكيل لهم ، وخطأ الوكيل في حق موكله على الموكل لا على الوكيل ،ولأن خطأ القاضي يكثر بكثرة القضايا التي ينظرها ، فإيجاب ضمان ما يخطئ فيه عليه ، أو على عاقلته يعتبر إجحافاً به وبهم ، فاقتضى ذلك التخفيف عنه وعنهم ، بجعل الدية في بيت المال ، زيدان ، نظام القضاء ، ص٧٣ .

عن الشرع وعامل لمصالح الأمة وقد تقرر سابقاً أن الغرم بالغنم ، فكما أن القاضـي يقـضي لمنفعة الأمة ، فالأمة تتحمل تبعات اجتهاده إذا أخطأ ما لم يكن متعمداً ، والله أعلم .

شروط سقوط الضمان عن القاضي :

حتى يسقط الضمان عن القاضي ، لا بد من مراعاة الأمور التالية [١] :

١- أن يكون القاضي أهلاً للاجتهاد .

٢- أن لا يكون القاضي متعمداً الخطأ في حكمه .

٣- أن لا يخالف القاضي دليلاً قاطعاً لا يحتمل التأويل .

٤- أن لا يقصر القاضي في عمله ، كأن لا يتحقق من عدالة الشهود ، أو سلامة المستند من التزوير .

فإذا تحققت الشروط السابقة فلا ضمان على القاضي إذا اخطا [٢] ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا ، هل تذهب حقوق الناس بحجة أن لا ضمان على القاضي؟

للإجابة عن هذا التساؤل يجب أن يفرق بين أمرين[٣] :

الأول : إذا كان خطأ القاضي يتعلق بحق الله ، كما لو قضى في حد السرقة أو الزنا ، وغير ذلك، ثم ظهر بعد القضاء أن الشهود كانوا كفاراً ، ففي هذه الحالة يكون التعويض للمتضرر من بيت مال المسلمين ؛ لأن القاضي إنما يعمل في حقوق الله عز وجل لصالح جماعة المسلمين، فيكون الضمان على المسلمين في بيت مالهم.

الثاني : إذا كان خطأ القاضي يتعلق بحق العبد : فإذا كان الخطأ يمكن تداركه ودرءه ، كما لو قضى بمال ،أو أرضٍ ، أو طلاق ،ثم ظهر أن الشهود كانوا عبيداً فهنا يصحح الوضع كما كان

([١]) وفي ذلك يقول البهوتي :"إن بان خطأ القاضي في حكمه في إتلاف، بمخالفة دليل قاطع لا يتحمل التأويل ، أو بان خطأ مفتٍ ليس أهلاً للفتيا بإتلافٍ، كقتل في شئ ظناه ردة ، أو قطع في سرقة لا قطع فيها ... ، فمات ضمنا، أي الحاكم والمفتي ما تلف بسببهما كما لو باشراه " ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥٣٦ ، ويقول ابن قدامة : " إن تبين فسق المزكيين ، فالضمان على الحاكم ، لأن التفريط منه، حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ، ولا بحث فيلزمه الضمان ، ابن قدامة ، المغني ، ج١٠ ، ص٢٣١ .

([٢]) السمناني ، روضة القضاة ، ج١ ، ص١٥٤ ، يقول الكاساني: " لأنه بالقضاء لم يعمل لنفسه ، بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة " ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٥٩ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج١ ، ص٦٧ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص١٥١ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ،ج٣، ص٥٣٦ ، الكويت الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٥٣٦ ،

([٣]) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج٦ ، ص٣٢٥ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٣٢٥ ،الكاساني، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٥٩ ، ياسين ، حجية الحكم القضائي ، ص٣١ .

قبل الحكم ، ويؤخذ الحق من المحكوم له ، ويرد على المحكوم عليه ، أما إذا كان الخطأ مما لا يمكن تداركه ، أو رده ، بأن قضى بالقصاص واستوفي ، ففي هذه الحالة تجب الدية في مال المحكوم له ، وفي الحالتين لا يُسال القاضي عن الخطأ ؛ لأن القاضي عمل له ، فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان .

وقد أشار الفقهاء إلى أن الضمان على القاضي إذا كان متعمداً الجور في حكمه ، بل إن القاضي يعزر ويعزل من منصبه [١] ، وفي هذا ضمان لحياد القاضي لتحقيق العدل ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، وسد للباب أمام قضاة الجور حتى لا يستبدوا في أحكامهم ، ويظلموا عباد الله وخلقه .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- أن الحاكم إذا اتلف مالاً ، وهو يتصرف به لصالح الأمة ، فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم وعاقلته [٢] .

٢- لو قضى القاضي بمبلغ ألف دينار على محمد لصالح محمود ، ثم تبين خطأ القاضي في الحكم ، فعلى القاضي أن يسترد المبلغ من المحكوم له محمد ويرده على محمود إن كان المبلغ موجوداً ، وإلا رد قيمته .

٣- لو قضى القاضي بالقصاص ، وتم التنفيذ ثم تبين أن القاتل غير المقضي عليه ، فبيت المال يضمن الدية [٣] .

---

(١) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص ٣٢٦ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٧٠ ، حيث قال: على القاضي ـ إذا أقر بأنه حكم بالجور ، أو ثبت ذلك عليه بالبينة ـ العقوبة الموجعة ويعزل ويشهّر به ويفضح ، ولا تجوز ولايته ،ولا شهادته ،وإن صلحت حاله وأحدث توبة .

(٢) والقاضي نائب عن الحاكم فيأخذ حكمه ، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ،ج٢، ص١٦٥ .

(٣) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص١٠٨٧ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لم يجد الباحث نصاً يدل على موقف القضاء الشرعي الأردني من هذه القاعدة ،ولبيان موقف القضاء الشرعي لا بد من التأكيد على الأمور التالية :

أولاً : القاضي في القضاء الشرعي الأردني مأمور بالعدل بين الخصمين [١] ،وعليه أن يبذل أقصى جهده في سبيل تحقيق ذلك .

ثانياً : من المبادئ المستقرة في القضاء الشرعي ، أن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي [٢]، وإنما يعتمد في إصدار الحكم على ما قدم في الدعوى من بينات من قبل طرفي الخصومة ، ومن ثم تطبيق النصوص الفقهية القانونية الواجبة التطبيق على الواقعة حسب الأصول .

ثالثاً: أن قانون أصول المحاكمات الشرعية ، **جعل** أحكام القاضي الصادرة عن المحكمة الابتدائية الشرعية خاضعة للاستئناف وقد أشرت سابقاً أن الاستئناف يقسم إلى قسمين :

الأول : استئناف جوازي : وهو يشمل جميع الأحكام [٣] ، حيث يجوز للخصوم أن يتقدموا بطلب استئناف الأحكام والقرارات التي تخصهم أمام محكمة الاستئناف .

الثاني : استئناف وجوبي : وهي الأحكام التي تتعلق بحق الله ، فترفعها المحكمة الابتدائية إلى محكمة الاستئناف وجوباً لتدقيقها حتى ولو لم يرفعها الخصوم ، وهذه الأحكام هي ما نصت عليه المادة (١٣٨) قانون أصول المحاكمات الشرعية .

وعليه فنحن هنا أمام حالات ثلاث هي :

١- أن يستأنف الخصوم الدعوى ضمن المدة المقررة ، وهي ثلاثون يوماً من تاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهياً ، أو من تاريخ تبليغه إذا كان غيابياً .

٢- وإما أن تنتهي مدة الاستئناف ، ولا يستأنف الخصوم ، ولكن لأن موضوع الدعوى مما نصت عليه المادة (١٣٨) من القانون ، فإن على المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم أن ترفع الدعوى إلى محكمة الاستئناف الشرعية وجوباً لتدقيقها .

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٧٩٩) .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٠٣٢٧) ، تاريخ ١٩٥٩/٥/٢٦م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ،ج١ ، ص٣٢٧ .

(٣) الأحكام هنا هي ما يصدر فاصلاً في موضوع الدعوى ، وهذه تستأنف استقلالاً وفق الشروط المقررة من القانون ، أما القرارات وهي ما يصدرعن القاضي ولا يعد فاصلاً في موضوع الدعوى فيخضع للاستئناف ، ولكن لا يستأنف القرار مستقلاً ، إلا بعد صدور الحكم من المحكمة ويستأنف القرار مع الحكم الصادر في الدعوى ، أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص٢١٧ .

ويرى الباحث أن مسؤولية الدعوى والحكم في كلا الحالتين تصبح من مسؤولية محكمة الاستئناف الشرعية ، التي منحها القانون حق تصديق الحكم ، أو تعديله ، أو فسخه حسب الأصول.

فإذا صدق الحكم أو عدل من قبل محكمة الاستئناف الشرعية ، يصبح الحكم حجة على الكافة ،ولا يقبل الطعن بأية وسيلة إلا ما نصت عليه المادة (١٥٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية .

وأما إذا تم فسخه وإعادته إلى المحكمة التي أصدرت الحكم فعلى القاضي أن يستدعي الطرفين خلال عشرة أيام من تاريخ إعادة القضية إلى المحكمة [1] ، وعليه أن يتبع ما جاء بقرار الفسخ ، ويتابع إجراءات القضية حسب الأصول ، وللقاضي بعد ذلك أن يغير قراراه ، وله أن يبقي مصراً على قراره ، وفي حالة إصرار القاضي على موقفه الأول ، واستئناف الحكم مرة أخرى ،فإن محكمة الاستئناف إما أن تقرر رؤية الدعوى مرافعة ،أو إعادتها للمحكمة ليراها قاضٍ أخر ، ينتدبه قاضي القضاة لهذه الغاية [2] .

٣- وهي أن ينتهي مدة الاستئناف ، ولا يستأنف الخصوم الدعوى ، ولم يكن موضوعها مما نصت عليه المادة (١٣٨) من القانون ، وهنا يصبح الحكم قطعياً لا يجوز الطعن به إلا ما نصت عليه المادة (١٥٣) من القانون ، وفي هذه الحالة يكون الطرف المتضرر من الحكم قد قصر في استخدام حقه ، ومن قصر في استعمال حقه فعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره في استخدام حقه ، وذلك حسب القاعدة " المفرط أولى بالخسارة " ،كما أن قانون أصول المحاكمات الشرعية منحه حق الطعن في الحكم بالطرق التي نص عليها القانون كالاعتراض وإعادة المحاكمة .

ومن خلال ما سبق يتضح بجلاء ، أن لا ضمان على القاضي في القضاء الشرعي الأردني ، وذلك لأن حكمه إما :

١- أن يصبح من مسؤولية محكمة الاستئناف الشرعية .

٢- أن يكون الطرف المتضرر قد أسقط حقه ، وتنازل عن رفع الضرر عنه ، فيتحمل تبعة تقصيره ، والله أعلم .

---

(١) قان ن أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١٤٩/ فقره أ) .

(٢) المرجع السابق ، المادة ، (١٤٩ /فقره ب) .

المبحث الثاني :

القواعد الفقهية المختصة بالحكم القضائي[1] :

الحكم القضائي هو ثمرة العملية القضائية ، التي من خلالها نصل إلى الغاية المرجوة من القضاء ، وهي فض المنازعات ، وفصل الخصومات ، وقطع التدابر والتباغض ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، فإذا وفق القاضي في إصدار الحكم ، تحققت تلك الغاية المرجوة ، وعم العدل أنحاء المعمورة ، واطمأن الناس إلى قضاتهم وأحكامهم ، ولذا حرص الفقهاء على وضع قواعد فقهية تختص بالحكم القضائي ، ينبغي على القاضي والخصوم مراعاتها ، ومن أهمها ما يلي :

القاعدة الأولى : حكم القاضي في المجتهدات يرفع الخلاف .

القاعدة الثانية : حكم القاضي لا يحيل الأمر عما هو عليه .

القاعدة الثالثة : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً .

القاعدة الرابعة : المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً .

القاعدة الخامسة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان .

القاعدة السادسة : الحدود تدرأ بالشبهات .

---

(1) هناك قواعد فقهية تختص بطرق إثبات الحكم القضائي قد بحثت في أطروحة دكتوراه للطالب: خالد قرقور بعنوان **قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي** ، ولذا فأنني لن أتحدث عنها خشية التكرار، ومن أراد الاطلاع على هذه القواعد فليرجع إليها .

القاعدة الأولى :

حكم الحاكم في المجتهدات يرفع الخلاف[١]:

معنى القاعدة :

إذا صدر حكم قضائي في حادثة معينة ، ورفع هذا الحكم إلى قاضٍ أخر وجب على الأخر احترام الحكم الصادر ،وعدم نقضه ،إذا كان موضوعه مجتهداً فيه وليس فيه ما يخالف نصاً قطعياً من القرآن ، أو السنة ، أو الإجماع ،وليس فيه ظلم واضح صريح لا شك فيه ،فينفذ كل ما فيه خلاف وأراء فقهية ، وإن كان القاضي الثاني لا يرى رأى القاضي الأول في المسألة التي صدر الحكم فيها [٢] .

ومستند هذه القاعدة الإجماع ، والقواعد الفقهية والمعقول ، وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : الإجماع [٣] : فقد أجمع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ، فقد حكم أبو بكر ﵁ في مسائل خالفه فيها عمر بن الخطاب ﵁ ولم ينقض حكمه ، كما قضى عمر بن الخطاب ﵁ في المسألة المشتركة ، مرة بعدم المشاركة ، والأخرى بالمشاركة دون أن ينقض حكمه الأول .

ثانياً : القواعد الفقهية : فإن هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، التي سبق أن أشرت إليها[٤] ، حيث تبين لنا أن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الأول ، فإذا تعلق هذا الاجتهاد بحكم القاضي كان رافعاً للخلاف ، وأولى بعدم النقض .

ثالثاً : المعقول : ذلك أن القول بخلاف هذه القاعدة يترتب عليه مفسدة عظيمة وهي عدم استقرار الأحكام القضائية ، حيث يمكن للطرف المتضرر من حكم القاضي أن يرفع الأمر إلى قاضٍ أخر يرى خلاف ذلك ، فينقض حكم الأول ، وهكذا الأمر في كل الأحكام القضائية تكن

---

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٣ ، ص٤١٣ ، النسفي ، البحر الرائق ، ج٤ ، ص١٩٢ ، السمناني ، روضة القضاة ، ج١ ، ص٣٢٤ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٤٤ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٣٣٦ ، الدردير ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص١٥٦ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٢ ، ص٢٥٨ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١٦٩ ،البهوتي ، كشاف القناع ،ج٦ ،ص٤٥٥، المرداوي ، الإنصاف ، ج١١،ص٢١٧،ابن مفلح ،الفروع ،ج٦ ، ص٣٩٧ .

(٢) ياسين ، حجية الحكم القضائي ، ص١٩ .

(٣) وفي ذلك يقول القرافي : "أجمعت الأمة قاطبة على أن حكم الله تعالى ، هو ما حكم به القاضي في مسائل الاجتهاد ، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأمة ويحرم على كل أحد نقضه ، القرافي ، الإحكام ، ص٢٨ .

(٤) انظر ص ٢١٩ من هذه الأطروحة .

عرضة للنقض،فلا تتحقق الغاية المرجوة من القضاء،وهذه مفسدة عظيمة يجب الاحتراز عنها .

هذا وقد وضع الفقهاء ضوابط معينة يجب توافرها في الحكم الذي يرفع الخلاف وهي :

أولاً: أن يصدر الحكم من قاضٍ صحيح التولية ، وأن يكون الحكم الصادر منه ضمن اختصاصه المنصوص عليه في كتاب التولية [١].

ثانياً : أن يكون الحكم في المسائل الاجتهادية أما إذا كان في مسالة منصوص عليها ، وقضى القاضي بخلافه فانه ينقض [٢] .

ثالثاً : أن يكون الحكم بعد دعوى صحيحة في حادثة معينة من خصم على خصم [٣] .

رابعاً : أن يكون الحكم قد استكمل الشروط المطلوبة به شرعاً [٤] .

فإذا تقرر ما سبق من أن حكم القاضي يرفع الخلاف من أجل استقرار القضاء فهل حكم القاضي يخضع معتقدات الخصوم الخاصة في المجتهدات ؟

فلو أن فقيها قال لزوجته أنت طالق البتة ، وهو يراها ثلاثاً ، فرافعته إلى قاضٍ يراها واحدة بائنة أو رجعية ، فحكم بذلك بأن جعلها واحدة بائنة أو رجعية ،فهل ينفذ هذا الحكم ظاهراً وباطناً ، فيملك الرجل أن يراجع زوجته ، ويجوز للمرأة أن تمكنه من نفسها ؟

للإجابة عن ذلك لا بد من بيان آراء الفقهاء في المسألة :

اتفق الفقهاء على أن حكم القاضي ينفذ في الحادثة سواء كان الحكم بالحل أو بالحرمة إذا كان المحكوم له أو عليه عامياً [٥]،أما إذا كان المحكوم له أو عليه مجتهداً ففرقوا بين أمرين :

الأول : إذا كان المجتهد يعتقد الحل ، وحكم القاضي بالحرمة ، فعليه أن يتبع حكم القاضي، ويترك رأي نفسه بلا خلاف [٦].

---

(١) ياسين ، حجية الحكم القضائي ، ص١٩ .

(٢) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ج٢ ، ص٢٥٨ .

(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٣ ، ص٤١٣ .

(٤) الدردير ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص١٥٦ .

(٥) نظام ، الفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص٣٣٦ ، السمناني ، روضة القضاة ، ج١ ، ص٣٢٤ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٤٤ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٣٣٨، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج١ ، ص٦٧ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١٦٩ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص١٥٣ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ج١ ، ص٣٢١ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤٥٥ ، علي قراعه ، الأصول القضائية ص٣٠١ ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٣٣٨ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي، ص٤٤١ .

(٦) المراجع السابقة .

الثاني : إذا كان المجتهد يعتقد الحرمة ، وحكم القاضي بالحل ، فقد اختلف فقهاء الحنفية على قولين:

الأول : يرى أن على المجتهد أن يترك رأيه ، ويتبع حكم الحاكم الذي ينفذ ظاهراً وباطناً ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله [١] .

الثاني : يرى أن على المجتهد أن لا يترك رأي نفسه ، ولا يتبع حكم الحاكم فيما يعتقد أنه حرام، وعليه فإن حكم الحاكم في حقه ينفذ ظاهراً لا باطناً وبه قال أبو يوسف رحمه الله [٣] .

والذي أرجحه هنا ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول ، وذلك لأن حكم الحاكم في المجتهدات يرفع الخلاف ، ولا فرق في ذلك بين عامي ومجتهد،أما الرأي الثاني الذي يستند على أساس أن المجتهد يجب أن يتبع رأي نفسه ولا يتبع رأي القاضي وهو ممتنع بحقه ، فأقول إن هذا يصح إذا ترك رأيه ، وأخذ برأي مجتهد أخر ، أما هنا فإن الرأي الثاني قد تعلق به حكم الحاكم ، وهو يرفع الخلاف .

من الأمثلة على القاعدة :

١- لو حكم قاضٍ حنفي ببطلان خيار المجلس ، أو منع القصاص في القتل بالمثقل ،أو بصحة النكاح بلا ولي ... ثم عرض قضاؤه على قاضٍ أخر لا يرى صحة هذه الاجتهادات الفقهية فليس له أن ينقض هذه الأحكام ، ولو نقضها لكان نقضه لها مستحقاً للنقض لو عرض على قاضٍ أخر [٣] .

٢- لو حكم قاض ببطلان شهادة الشاهد ، لم يكن للطالب إقامة الشاهد بعد ذلك ؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف [٤] .

---

(١) وحجة هذا القول : إنه قضاء وقع الاتفاق على جوازه لوقوعه في فصل مجتهد فيه فينفذ على المقضي له وعليه ، لا فرق في ذلك بين عامي ومجتهد ، ثم إن القاضي يحكم بأمر الشرع ، وما يصبح مضافاً إلى الشرع فهو بمنزلة النص ، ولا يترك بالرأي كما لا يصار إلى الاجتهاد مع وجوب النص ، نظام ، الفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص٣٣٦ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٤٥ .

(٢) وحجة هذا القول : أن صحة القضاء إنفاذه في محل الاجتهاد ، و يظهر أثره في حق المقضي عليه لا في حق المقضي له ؛ لأن المقضي عليه مجبور في القضاء عليه ، فأما المقضي له فمختار في القضاء له ، فلو اتبع أي قاضٍ إنما يتبعه تقليداً ، وكونه مجتهداً يمنع من التقليد فيجب العمل برأي نفسه ، الكاساني ، بدائع الصنائع ج٥ ، ص٤٤٥ ، وبه قال بعض الشافعية كأبي إسحاق الإسفراييني ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص١٦٩ .

(٣) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٢٧ .

(٤) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٤ ، ص١٤٧ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

الحكم إذا صدر من المحكمة بالفصل في الخصومة ،وإنهاء النزاع فيها ، فيجب أن يكون لهذا الحكم من الحرمة والاحترام ما يحقق الهدف من القضاء ، فلو أن أحكام القضاء لم تكن معتبرة ، ولم يكفل القانون لها التنفيذ ، لكانت مجرد حبر على ورق [١] ، لذا فإن الحكم القضائي الصادر حسب الأصول يكسب حماية تمنع عرض الدعوى الصادر فيها ذلك الحكم مرة أخرى على القضاء ، كما أنها تجعله مستحقاً للتنفيذ ، ولذا نصت المادة (١٠٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية : " الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية مرعية ما لم تفسخ من محكمة الاستئناف الشرعية مع مراعاة أحكام المادة (١١٤) من هذه القانون [٢] ، وقد نصت هذه المادة على ما يلي : " إذ لم يبلغ الحكم أو القرار الغيابيان إلى المحكوم عليه خلال سنة من تاريخ صدوره يصبح ملغياً إلا في الحالات التالية :

١- إذا راجع المحكوم له المحكمة ، ودفع الرسم للتبليغ خلال مدة السنة ، ومضت المدة قبل أن تنتهي معاملة التبليغ .

٢- إذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالى .

وعلى ذلك تكون الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية حائزة لقوة الشيء المحكوم به في الحالات التالية[٣] :

١- أحكام محاكم الاستئناف الشرعية غير قابلة للطعن لجهة أعلى ، وهي حائزة لقوة الشيء المحكوم فيه وليس هناك أي مجال لإلغائها ، إلا بطريق إعادة المحاكمة ، وفق الشروط المقررة في القانون [٤] .

٢- أحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية تصبح حائزة لقوة الشيء المحكوم فيه بعد مرور مدة الاستئناف ، وعدم تقديمه في تلك المدة إذا كانت تتعلق بحقوق العباد ، أما ما يتعلق بحقوق الله تعالى فإنها ترفع إلى الاستئناف تلقائياً ، ولو لم يرفعها الخصوم ، وأحكام المحاكم الابتدائية

---

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص١٩٩ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (١١٥) ، هذا وقد ذهب هذا القانون إلى القول :" بأن الدعوى التي لأكثر من محكمة الصلاحية لرؤيتها إذا أقيمت في إحدى المحاكم امتنع على المحاكم الأخرى النظر فيها "، المرجع السابق ، المادة ، (٧) .

(٣) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص٢٠٠ .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرارا رقم (٨٤٦٠) ، تاريخ ١٩٥٤/٦/٢٩م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٢٢١ .

مرعية ومعتبرة ما لم تفسخ ، فإذا صدقت أصبحت حائزة لقوة الأمر المقضي فيه [١].

ومن هنا فإن الحكم القضائي إذا صدر من المحكمة حسب الأصول ، فلا يملك أحد أن يخالفه، حتى ولو كان القاضي نفسه ، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الشرعية : " الحكم الأول هو الذي فصل الدعوى ، وهو الحكم المعتبر شرعاً ، وقانوناً ، والمحكمة بعد إصدار الحكم الأول تتعزل عن الدعوى و لا يحق لها والحالة هذه أن تعود إليها مرة أخرى ، وتصدر حكماً أخر غير حكمها الأول " [٢].

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الشرعي الأردني لا يلتفت إلى معتقدات الخصوم ، وإنما يقضي القاضي فيه حسب الأصول فيما يراه صواباً ، بغض النظر عن أراء الخصوم الاجتهادية وبالتالي فإذا رفعت قضية معينة لدى المحاكم الشرعية ، فإن على المحكمة أن تصدر قرارها حسب الأصول المقررة ، دون أن تلتفت إلى مواقف الخصوم واعتقاداتهم الخاصة بهم ، ويصبح حكمها واجب النفاذ حسبما هو مقرر في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردنية .

فلو طلق رجل زوجته ثلاثاً ، وكان يعتقد أن زوجته قد بانت منه ، فرفعت الزوجة أمرها إلى المحكمة الشرعية المختصة بذلك ، وتمت المحاكمة وفق الأصول المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وأصدر القاضي حكمه بوقوع طلقة واحدة رجعية ، فإن هذا الحكم ملزم للطرفين بعد مروره بالمراحل التي نص عليها القانون ، ولا عبرة لاعتقاد المدعى عليه بأن زوجته قد بانت منه ، وبالتالي فيحق له أن يطأها ؛ لأنها ما زالت زوجته ويجب على المرأة أن تمكنه من نفسها ، ولها أن تطالبه بالنفقة وغيرها من الحقوق المشروعة بين الأزواج .

---

(١) أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص٢١٦ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٥٩١٨) ، تاريخ ١٩٨٥/١٠/٢٧م ، داود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج١ ، ص٢١٧ .

القاعدة الثانية :

حكم الحاكم لا يحيل الأمر عما هو عليه[١] :

معنى القاعدة :

يدل ظاهر القاعدة على أن حكم القاضي لا يغير الأمر عن حقيقته ، فهو لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، وذلك لأن القاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ، فلو حكم القاضي لشخص بحق ما مع علمه بأنه غير محق ، فإن حكم القاضي له لا يجعل هذا الشيء حلالاً بل يبقى الأمر على حقيقته قبل الحكم .

وهذه المسألة تعرف عند الفقهاء بنفاذ حكم القاضي ظاهراً وباطناً [٢] ، وقد اختلف الفقهاء فيها ،وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : الصور المتفق عليها بين الفقهاء :

١- اتفق الفقهاء جميعا على أن جميع الأحكام تنفذ ظاهراً ، وذلك لأن الحكم الحائز على الشروط الشرعية واجب النفاذ وملزم ، إذ لا فائدة للحكم إذا لم يكن ملزماً ، والأحكام عادة كلها ملزمة ، ونافذة من حيث الظاهر [٣] .

٢- اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم ينفذ ظاهراً وباطناً إن ترتب على أصل صادق ، وكان في محل متفق عليه بين الفقهاء [٤] .

---

(١) القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص١٠٠ ، وقد عبر عنها :" بأن حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً" ، السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج٢ ، ص٣٠٠ ، ابن الوكيل ، الأشباه والنظائر ، ص٦٥ ، الزركشي ، المنثور ، ج٢ ص٦٩ ، المنجور ، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، ص١٣٦ .

(٢) أي ديانة وقضاءً ، شيخ زاده ، عبد الرحمن بن محمد ، (ت١٠٧٨هـ/ ١٦٦٧م) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ط١ ، ٤م ، (تحقيق : عمران المنصور) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨م ، ج٤ ، ص٢٣٩ ، ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله ، (ت ٤٦٣هـ/ ١٠٧١ م) ، الاستذكار ، ط٤ ، ١م ، (تحقيق : حسان عبد المنان/ محمود أحمد) ، مؤسسة النداء ، أبو ظبي ، ٢٠٠٣م ، ج١٠ ، ص١٣ ، الأنصاري ، أبي زكريا بن محمد ، (ت٩٢٦هـ/ ١٥٢٠ م) ، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية ، ط١ ، ١١م ، (تحقيق : محمد عبد القادر عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج١١ ، ص٢٢٩ ، التنوخي ، زين الدين المنجي ، الممتع في شرح المقنع ، ط١ ، ٦م ، (تحقيق : عبد الملك بن عبد الله) ، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧م ، ج٦ ، ص٢٤٣ .

(٣) المراجع السابقة ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٣٠ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ص٤٥٩، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٩٧ ، النووي ، روضة=

٣- اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم في الأملاك المرسلة ـ وهي التي لم يذكر فيها سبب معين، أنه ينفذ فيها ظاهراً لا باطناً ، لأن الملك لا بد له من سبب ، وليس بعض الأسباب أولى من البعض لتزاحمها ، فلا يمكن إثبات السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء [١] .

٤- اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم بثبوت النكاح الذي بني على إقرار الرجل والمرأة ، وهما يعلمان أنه لا نكاح بينهما ، لم يثبت النكاح بينهما باطناً بهذا الإقرار وهما يملكان الإنشاء، ولكنهما بالإقرار اظهرا عقداً قد كان بينهما ، فلا يجعل ذلك إنشاءً منهما ، فلا ينفذ إذن [٢] .

ثانيا : الصور المختلف فيها بين الفقهاء :

١- اختلف الفقهاء في حكم الحاكم إذا كان مبناه على أصل صادق (أي بينة صحيحة) ، ولكنه كان مختلفاً فيه بين الفقهاء ، نفذ ظاهراً بالاتفاق ، وفي الباطن أوجه: أصحها نفاذه وبه قال جمهور الفقهاء لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع [٣] ويستقر القضاء .

٢- اختلف الفقهاء في المسائل التي للقاضي فيها ولاية إنشاء الأحكام كالعقود والفسوخ ، والنكاح والطلاق هل ينفذ حكمه ظاهراً وباطناً إذا كان الحكم مستنداً إلى بينة زور أم لا ؟ [٤] .

اختلف الفقهاء في هذه الصورة على قولين :

القول الأول : حكم القاضي في هذه الحالة لا ينفذ باطناً ، وعليه فإن حكم القاضي لا يغير الأمر عن صفته الحقيقية قبل الحكم ، فلا يحل ما كان محرماً وبه قال الأئمة الثلاثة : مالك ، والشافعي ، وأحمد [٥] .

= الطالبين ، ج١١ ، ص١٥٣ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٦٦ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥٣٤ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٣٠ .

(١) منلا خسروا ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ج٢ ،ص٤٠٩ ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار،ج٥ ، ص٤٠٦ ، التمرتاشي ، مسعفة الحكام ، ص١٦٤ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٣٣٨ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص١٨١ .

(٣) النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص١٥٣ .

(٤) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٣١ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص١٨٠ ، الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٣٢٩ ، علي حيدر درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٥٩ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٦٦ ، ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص٨٢٣ ، الشعراني، عبد الوهاب بن أحمد ،(٩٧٣هـ/ ١٥٦٥ م) ، الميزان الكبرى ، ٢م ، دار إحياء الكتب العربي ، عيسى بابي الحلبي ، ج١ ، ص١٩٣، الأسيوطي ، جواهر العقود ، ص٥٦، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ٤٥٤ ، ابن قدامة ، المغني ، ج١٠ ،ص ١٠٥ ، ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ،ص ٥١٦ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ج٣٣ ، ص٣٢٨ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٦٧٧.

القول الثاني : حكم القاضي في هذه الحالة ينفذ ظاهراً وباطناً ، ويزيل الأمر عن حقيقته، بحيث يحل للمحكوم له ما ثبت بالبينة المزورة ، وبه قال الإمام أبو حنيفة وهو القول الأول لأبي يوسف [١] ، ولكن وفق الشروط التالية :

١- أن يكون للقاضي ولاية إنشاء مثل ذلك التصرف .

٢- عدم علم القاضي بكون الشهود شهود زور.

٣- أن يكون محل المحكوم به قابلاً للإنشاء .

ولعل سبب اختلاف الفقهاء في هذه الصورة يعود إلى ما يلي :

أولاً : اختلاف الفقهاء في فهم النصوص الواردة ، هل هي خاصة بالأموال ، أم هي عامة في الأموال وغيرها ؟

ثانياً : الاختلاف في أن القضاء هل هو إمضاء ما كان ، أم هو إنشاء ما لم يكن ؟ [٢] .

ثالثاً : هل يمكن قياس العقود والفسوخ على الأموال ؟

رابعاً : هل يمكن قياس أحكام اللعان على غيرها، أم هي حالة خاصة لا يقاس عليها .

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والإجماع والقياس والمعقول:

١- فأما الكتاب فقد استدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [٣]

وجه الدلالة : قال ابن عباس ﷺ في معنى الآية [٤] : " فهذا في الرجل يكون عليه مال

---

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٤٠٥ ، السمناني ، روضة القضاة ، ج١ ، ص٣٢٠ ، منلا خسروا، درر الحكام ، ج٢ ، ص٤٠٩ ، السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص١٨٠ ، الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص١١١ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٥٩ ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٣١ .

(٢) الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ص٣٢٩ .

(٣) سورة البقرة ، آية (١٨٨) .

(٤) قال قتادة ـ رحمه الله ـ في معنى الآية : "إعلم يا ابن أدم أن قضاء القاضي لا يحل لك حراماً، ولا يحق لك باطلاً، وإنما يقضي القاضي بنحو ما يرى ويشهد به الشهود ، والقاضي بشر يخطئ ويصيب ، واعلموا أن من قضي له بالباطل فإن خصومته لم تنقض حتى يجمع الله بينهما يوم القيامة، فيقضي على المبطل للمحق بأجود مما قضى به للمبطل على المحق في الدنيا" ، ابن كثير ، إسماعيل بن عمر ، (ت٧٧٤هـ/١٣٧٢م) تفسير القرآن العظيم ، ٤م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٠٤١هـ ، ج١ ، ص٢٢٦ .

وليس عليه فيه بينه ،فيجحد المال ، فيخاصمهم إلى الحكام ، وهو يعلم أنه أثم ، آكل حراماً[١] .

٢- فأما السنة فقد استدلوا بما يلي :

أ- قوله ﷺ: " إنما أنا بشر وأنه يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صادق ، فاقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو ليتركها "[٢] .

فالحديث صريح في أن حكم الحاكم ، إنما يكون على وفق ما يسمع وما يقدم له من بينة وأن حكمه هذا لا يحل حراماً ولا يغير الشيء عن حقيقته التي يعلمها المحكوم له ، ولذا حذر النبي ﷺ المحكوم له من أن يأخذ ما ليس له ، بحجة حكم الحاكم ؛ لأنها كما أخبر النبي ﷺ تكون قطعة من نار ، ولذا قال ابن حجر العسقلاني :" أن من احتال لأمر باطل ، بوجه من وجوه الحيل ، حتى يصير حقاً في الظاهر ، ويحكم له به أنه لا يحل له تناوله في الباطن ، ولا يرتفع عنه الإثم في الحكم " [٣] .

ب – روى البخاري عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ : أنها قالت : " كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص ، أن ابن وليده زمعة مني فاقبضه إليك ، قالت : فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال : ابن أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فتساوقا إلى النبي ﷺ فقال سعد يا رسول الله: ابن أخي كان قد عهد إليّ فيه فقال : عبد بن زمعة أخي وابن وليده أبي ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ : هو لك يا عبد بن زمعة ، ثم قال النبي ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ : احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة ، فما رآها حتى لقي الله تعالى " [٤] .

وجه الدلالة : أن الرسول ﷺ حكم بالولد لعبد بن زمعة عملاً بالظاهر ، وان كان في نفس الأمر ليس من زمعة [٥] ، ولهذا أمر النبي ﷺ سودة بنت زمعة بالاحتجاب من الولد المحكوم به

---

(١) ولذا جاءت الآية (وأنتم تعلمون) أي وأنتم تتعمدون أكل ذلك بالإثم على قصد منكم إلى ما حرم الله عليكم منه ، ومعرفة بأن فعلكم ذلك معصية وإثم ، الطبري ، جامع البيان ، ج٢ ، ص٢٢٠ .

(٢) سبق تخريجه ، انظر: ص ٢٦٣ من هذه الأطروحة .

(٣) ابن حجر العسقلاني ، ج١٣، ص١٧٢ ، ولذا بوّب البخاري لهذا الحديث بقوله: باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه، فإن قضاء الحاكم لا يحل حراماً، ولا يحرم حلالاً ،البخاري ، صحيح البخاري ، ج٦ ،ص٢٦٢٦

(٤) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الأحكام ، باب الولد للفراش ،ج٦ ، ص٢٤٨١، مسلم ،صحيح مسلم، كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش ، ج٢ ، ص١٠٨٠، **اللفظ للبخاري.**

(٥) ابن حجر ، فتح الباري ، ج١٣ ، ص١٧٥ .

احتياطاً للباطن ؛ لأنه رأي أن الولد يشبه عتبة بن أبى وقاص [١] .

جـ - بقول النبي ﷺ : "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوا لا إله إلا الله عصموا مني دماءهم وأموالهم ، إلا بحقها ، وحسابهم على الله" [٢] .

وجه الدلالة : يقول ابن حجر العسقلاني :" الحجة من الحديث ظاهرة في شموله الأموال، والعقود والفسوخ ، فلا فرق في دعوى حل الزوجة لمن أقام بتزويجها بشاهدي زور وهو يعلم بكذبهما ، وبين من ادعى على حر أنه في ملكه وأقام بذلك شاهدي زور وهو يعلم حريته ، فإذا حكم له الحاكم بأنه في ملكه ، لم يحل له أن يسترقه بالإجماع ، والقول بأن حكم الحاكم يحل ظاهراً وباطناً مخالف لهذا الحديث الصحيح ، والإجماع السابق ، والقاعدة التي أجمع العلماء عليها وهي : أن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال "[٣].

٣- **الإجماع** : فقد استدلوا بأن السلف قد أجمعوا على أن حكم الحاكم لا يحل حراماً ، ولا يحرم حلالاً [٤] .

٤-**القياس** : القياس على الأموال بطريق الأولى ، فقد اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم فيها لا يحلل الحرام ، ولا ينفذ باطناً والأموال أضعف [٥] فتكون العقود والفسوخ وبخاصة ما يتعلق بالنكاح والطلاق أولى بالحكم ؛ لأن الاحتياط في الأبضاع أولى من الاحتياط في الأموال .

٥- المعقول فمن وجهين :

الأول : قالوا إن شرط صحة الحكم وجود الحجة ، وإصابة المحل ، وإذا كانت البينة في نفس الأمر شهود زور لم تحصل الحجة ؛ لأن حجة الحكم هي البينة العادلة ، والزور كبيرة من

---

(١) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٣٥ .

(٢) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب قوله تعالى : (وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ) ج٦ ، ص٢٦٨٢ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإيمان ، باب الأمر بقتال الناس ، ج١ ، ص٥١ ، **واللفظ للبخاري** .

(٣) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٣ ، ص١٧٦ ، قال الشعراني :" فانظر كيف رد أمرهم في الباطن إلى الله العالم بسرائرهم؛ لأن أحدهم قد يقولها بلسانه ، ولا يعتقد ذلك بقلبه "، فالحساب إذن على الباطن لا على الظاهر ، والله أعلم ، الميزان الكبرى ، ج١ ، ص١٩٣ .

(٤) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٣ ، ص١٧٦ ، النووي، شرح صحيح مسلم ، ج١٢ ، ص ٦، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٩ ، ص١٧٤ .

(٥) القرافي ، الفروق ، ج٤ ، ص١٠٠ ، ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج١٠ ، ص١٣ .

الكبائر ، وحقيقة الشهادة إظهار الحق ، وحقيقة الحكم إنفاذ ذلك ، وإذا كان الشهود كذبة لم تكن شهادتهم حقاً [١] ، وما بني على باطل فهو باطل .

الثاني : القضاء والحكم ينفذ بقدر مقدار الحجة ، وشهادة الزور وإن كانت حجة في الظاهر إلا أنها ليست حجة في الباطن [٢] ، وعليه فالقضاء ينفذ من حيث الظاهر ، وأما الباطن فيبقى على ما هو عليه ، ولا يغير من حقيقته شئ .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثاني :

١- استدلوا بأن الرسول ﷺ فرق بين المتلاعنين مع تيقنه عليه الصلاة والسلام بكذب أحدهما [٣] كما قال ﷺ :" الله يعلم أن أحدكما لكاذب" [٤] .

وجه الدلالة : أن الرسول ﷺ قد فرق بينهما مع احتمال صدق الزوج فيما رماها به ، فلذلك يثبت للقاضي ولاية الإنشاء مع كذب الشهود ، لتوجه الأمر على القاضي ، وتوجه الأمر بالانقياد واتباع أمر القاضي في حق الناس [٥] .

٢- بما روي أن رجلاً خطب امرأة فأبت أن تتزوجه ، فادعى أنه تزوجها ، وأقام شاهدين فأنكرت فاختصما إلى الإمام علي رضي الله عنه فقضى بينهما بالزوجية ، فقالت : والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين ، اعقد بيننا حتى أحل له فقال : "شاهداك زوجاك " [٦] .

وجه الدلالة : قول الإمام علي رضي الله عنه: شاهداك زوجاك ، ورفضه تجديد النكاح مع طلبها له ، دليل على أن النكاح قد انعقد بينهما في الباطن ، وإلا لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها، ورغبة الزوج فيها ، وقد كان في ذلك تحصيناً من الزنا [٧] ، وإبعاداً لأي احتمال لوقوعهما في الحرام ، وهو أكثر الناس حرصاً على دفع المنكر والحيلولة دون وقوعه ، فلما لم يفعل ذلك دل

---

(١) ابن حجر العسقلاني ، ج١٣ ، ص١٧٦ .

(٢) المرجع السابق ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥٣٤.

(٣) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص١٨٣.

(٤) البخاري ،صحيح البخاري ، كتاب التفسير ، بـاب ويدرأ عنها العذاب ،ج٢ ، ص١٧٧٢، مسلم ، صحيح مسلم ،كتاب اللعان ،ج٢، ص١١٣٢، **اللفظ لهم** .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص١٨٣ .

(٦) ابن الجوزي ، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي ، (ت٥٩٧ هـ /١١٩٩م) ، التحقيق في أحاديث الخلاف ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق :مسعد السعدني) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ ، ج٢ ، ص٣٨٥ .

(٧) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٤٠٦ .

على أن حكمة كافٍ في الاحتياط لكل ذلك ، وأنه قام مقام العقد والإنشاء [١] .

٣- استدلوا بالمعقول من وجوه :

١- قضاء القاضي بما يحتمل الإنشاء إنشاءٌ له فينفذ ظاهراً ، وباطناً كما لو أنشأ صريحاً، ذلك أن القاضي مأمور بالقضاء بالحق ، ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الإنشاء إلا بالحمل على الإنشاء ؛ لأن البينة قد تكون صادقة ، وقد تكون كاذبة [٢] ، فإن كانت صادقة رفع قضاؤه بالحق من غير حمله على الإنشاء ، وإن كانت كاذبة تعين الحمل عليه ، ضرورة تصحيح قضائه المأمور به ، لأن صيانة الحكم عن الإبطال مطلوبة [٣] .

٢- الغاية من القضاء قطع المنازعة بين الخصوم ، ولو قلنا بعدم نفاذ حكم القاضي في باطن الأمر، لما أدى القضاء وظيفته وغايته ، ولما كان قاطعاً للخصومة ، وحاسماً للنزاع من كل وجه [٤] .

٣- القضاء لو لم ينفذ باطناً ، لأدى ذلك إلى فحشٍ تجل أحكام الشرع عن أن يؤدي تطبيقها إلى مثله ، ومن ذلك أنه قد يجتمع رجلان على امرأة واحدة أحدهما بنكاح ظاهر ، والأخر بنكاح باطن ، ففي ذلك من القبح ما لا يخفى والدين مصون عن مثل هذا القبح ولا يكون القاضي بقضائه ممكناً من الزنا [٥] ، فلا بد إذن من القول بنفاد الحكم ظاهراً وباطناً خروجاً من أن نقع بمثل هذا.

٤- المرآة تضرر من القول بعدم النفاذ باطناً ، ذلك أنها تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة ، إذ هي لا تحل للأول ولا للثاني [٦]، وليس لها أن تتزوج بزوج أخر [٧] ، فلا بد من القول بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً لدفع الضرر عنها .

المناقشة والترجيح :

أولاً : مناقشة الجمهور لأدلة أبي حنيفة ومن معه :

---

(١) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٦٨٢ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٥٩ .

(٣) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٦٨٣ .

(٤) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٧ ، ص١٤ ، ياسين نظرية الدعوى ، ص٦٨٤ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص١٨٢ ، ابن حجر ، فتح الباري ، ج١٣ ، ص١٧٦ .

(٦) لا تحل للأول ظاهراً لوجود الحكم بالتفريق ، كما لا تحل للثاني باطناً، ولا يحل لها تمكينه ، ولا تستطيع الزواج من أخر؛ لأنها ما تزال زوجة الأول باطناً ، أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٣٨ .

(٧) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص١٨٤ .

١- أما الاستدلال باللعان ، فيرد عليه بأن الفرقة باللعان إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب ، وهو أصل برأسه فلا يقاس عليه [١] .

٢- الأثر المروي عن علي ﷺ عنه فيمكن الإجابة عنه بأمرين :

أ- أن هذا الأثر لم يثبت عنه ﷺ [٢] .

ب- وعلى تقدير صحته لا حجة فيه ؛ لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ، ولم يجبها إلى التزويج ؛ لأن فيه طعناً على الشهود [٣] .

٣- أما المعقول :

فيرد على الوجه الأول : بأن وجوب القضاء على القاضي لا يستلزم نفاذ القضاء حقيقة في باطن الأمر [٤] ؛ لأن وجوب القضاء بالحق على القاضي ليس معناه أنه مطالب بالكشف عن القلوب ؛ لأن ذلك ليس بمستطاعه ، وإنما يعني أن القاضي مأمور بتطبيق أحكام الشريعة على الوقائع التي تظهر أمامه ، فإذا تقرر هذا لم يلزم منه حمل قضائه على الإنشاء لا فيما يحتمله ولا فيما لا يحتمله ؛ لأن القاضي يستطيع القيام بهذا التكليف على كل حال ... دون تغير الوصف الشرعي للمحكوم فيه ، وإنما يبقى الحرام حراماً والحلال حلالاً [٤] .

أما الوجه الثاني فيرد عليه : بأن وظيفة القضاء هي قطع النزاع بين الناس في الحياة الدنيا ، وذلك بكون الحكم ملزماً لأطراف النزاع ، ولكن هذا لا يقتضي تحليل الحرام وتحريم الحلال ، أما في الآخرة فيتولى قطع النزاع أحكم الحاكمين ، بالفصل العادل المبني على العلم اليقيني ، والنفاذ في الظاهر يكفي لقطع النزاع في الدنيا ، ولا لزوم للنفاذ في الباطن [٦] .

أما الوجه الثالث فيرد عليه : بأن الجمهور قالوا في هذا تحرم على الثاني مثلاً إذا علم الحكم ترتب على الشهادة الزور ، فإذا اعتمد الحكم وتعمد الدخول بها ، فقد ارتكب محرماً، كما لو كان بالمال فأكله ، ولو ابتلي الثاني كان حكم الثالث كذلك ، والفحش إنما لزم من الإقدام على

---

(١) ابن حجر العسقلاني فتح الباري ، ج١٣ ، ص١٧٦ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥٣٤ .

(٢) البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤٥٥ .

(٣) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٣ ، ص١٧٦ ، وقال البهوتي : " لكن اللعان ينفسخ النكاح به ، وإن كان أحدهما كاذباً ؛ لأن الشرع وضعه لستر الزانية ، وصيانة النسب فتعقبه الفسخ الذي لا يمكن الانفكاك إلا به وليس كمسألتنا"، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤٥٥ .

(٤) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٣ ، ص١٧٦ .

(٥) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٦٨٣ .

(٦) المرجع السابق ، ص٦٨٤ .

تعاطي المحرم كما لو زنوا ظاهراً واحداً بعد واحد [١] .

أما الوجه الرابع فيمكن أن يرد عليه : بأن هذا نتيجة لقولكم إذ لو قلتم بعدم نفاذ الحكم باطناً لمن جاء ببينة زور لما منح ذريعة أنها زوجته ، ولبقي الأمر على ما كان عليه سابقاً من حيث أنه لا يحل له وطؤها ، ولا يحل لها تمكينه من ذلك ، وعليه فإنها زوجة من كان كذلك حقيقة ثابتة بالبينة الصادقة ، والله أعلم .

ثانياً : مناقشة أبي حنيفة ومن معه لأدلة الجمهور :

١- بالنسبة للاستدلال بالآية :﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ قالوا : بأنها تدل على عدم نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً في الأملاك المرسلة ، وهذا ليس موضع خلاف بيننا وبينكم ، وذلك لأن القاضي ليس له ولاية الإنشاء فيها بخلاف العقود والفسوخ ، فلا وجه للاستدلال بها [٢] .

ولكن يجاب عن هذا بأنه إذا كان حكم الحاكم لا ينفذ باطناً إذا كان مبنياً على بينة زور في الأملاك المرسلة ، فإن حكم الحاكم لا ينفذ في العقود والفسوخ وخاصة الزواج والطلاق من باب أولى لأن العلماء قد اجمعوا على أنه يحتاط في الأبضاع أكثر من الاحتياط في الأموال .

٢- أما بالنسبة للاستدلال بحديث : (إنما أنا بشر) فيرد عليه من وجهين :

الأول : أنه خاص في الأملاك المرسلة ، وعليه فإنه خارج محل النزاع ٠

ويجاب عن هذا بالإضافة إلى ما قلناه في الرد آنفاً ،أن هذا الحديث جاء بلفظ العموم ولذلك لا يجوز تخصيصه بالأموال دون غيرها ، كما لا يجوز قصره على سببه إذ العبرة بعموم اللفظ ، لا بخصوص السبب [٣] .

الثاني : قالوا بأن هذا الحديث مخصوص بسماع كلام الخصم، حيث لا بينة هناك ولا يمين، وليس النزاع فيه ، وإنما النزاع في الحكم المترتب على الشهادة [٤] .

ويجاب عن هذا : بأن حمل الحديث على ما يتعلق بسماع كلام الخصم ، حيث لا بينة ولا يمين خلاف الظاهر [٥] ؛وذلك لأن قوله عليه الصلاة والسلام : (إنما أنا بشر) وقوله: (فمن قضيت له) يفيد العموم في كل ما قضى به النبي ﷺ ولا شك أن قضاءه عليه الصلاة

---

(١) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٣ ، ص١٧٦ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص١٨١ .

(٣) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٣٨ .

(٤) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٣، ص١٧٥ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص١٨١ .

السلام قد وقع أحياناً على مجرد كلام الخصم ، وأحياناً أخرى على البينة ، ولذا لا صحة لهذا الاعتراض .

٣- أما الإجماع فقالوا : بأنه لم يثبت حيث روي عن بعض الصحابة ما يخالف ذلك ، فقد روي عن على ابن أبي طالب ، وابن عمر ـ رضي الله عنهم جميعاً ـ القول بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً.

٤- أما القياس على الأملاك المرسلة فقالوا : بأنه قياس مع الفارق فالقاضي ليس له ولاية الإنشاء فيها ، بينما يملك ذلك في العقود والفسوخ [١] .

ويجاب عن هذا : بأن الإمام أبا حنيفة جعل للقاضي ولاية إنشاء الأحكام في العقود والفسوخ احترازاً عن الحرام [٢] ، إذا تعمد الكذب في البينة ليحصل على الحكم ، وفي اعتبار الحكم منشئاً للحق ، ومبيحاً لما كان حراماً قبله ، بمثابة مكافأة لمن تعمد الافتراء وشهادة الزور والكذب التي تعد من الكبائر ، والواجب هنا أن يعامل بنقيض مقصوده وأن يقال له : أن الحكم لا يحل الحرام ولا يحرم الحلال عله يرتدع [٣] .

من خلال ما سبق يتضح أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن حكم الحاكم المبني على بينة زور ينفذ في العقود والفسوخ ظاهراً لا باطناً ، وذلك لقوة أدلتهم الدالة على أن حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، وأن ما أثير حولها من اعتراضات لا تقوى على إبطال الدليل ؛ لأنها لم تسلم من الرد والنقد .

ومن ناحية أخرى فإن الأخذ بقول جمهور الفقهاء يؤدي إلى إغلاق باب الفساد ، بحيث لا يجوز بأي حال من الأحوال أكل أموال الناس بالباطل ، أو الاعتداء على أعراض الناس بحجة صدور حكم في ذلك من قبل القاضي ، ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح .

أضف إلى ذلك أن ما ذهب إليه الجمهور أكثر تحقيقاً لمبدأ العدالة ، وأكثر دفعاً لمفسدة الظلم ، وأحسن تربيةً للضمير الإنساني المؤمن ، وأكثر تنمية لملكة مراقبة الله تعالى والخوف منه [٤] ، وهذه المعاني كلها مما دعت إليها الشريعة الإسلامية وحرصت عليها ، وهذا ما أكده النبي ﷺ للمتخاصمين من أن حكمه لا يحلل الحرام ، وإنما هي قطعة من النار فلينظر هل يأخذها ، أم يتركها ؟

---

(١) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص١٨١ .

(٢) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٤٠٦ ، ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٣، ص ١٧٦ .

(٣) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص٤٣٩ ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٦٩١ .

(٤) المرجع السابق ، ص٦٩٣ .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١- لو ادعى رجل على امرأة نكاحاً ، وهي تجحد ، وأقام عليها شاهدي زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما ، فعند جمهور الفقهاء لا تعتبر زوجة له ، ولا يحل وطؤها ، ولا يحل لها تمكينه منها ، ويجب عليها الامتناع عنه ، بخلاف الإمام أبي حنيفة ومن معه .

٢- لو حكم القاضي بمبلغ ألف دينار لشخص ، وهو يعلم أنه لاحق له في هذا المبلغ وأنها من نصيب المحكوم عليه ، فإن حكم القاضي هنا باتفاق الفقهاء لا يبيح له أخذ هذا المبلغ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يحكم بالظاهر ، والله يتولى السرائر ، ولـذا فـإن القاضـي يحرص كل الحرص على إصابة الحقيقة ، والقضاء بها بحيث يكون حكمه فعلاً هـو عنـوان الحقيقة ، ولكن القاضي بشر يخطئ ويصيب ، ولربما يكون أحد الخصوم ألحـن بحجتـه مـن الأخر ، فيقضي له على نحو ما يسمع ، ويعتقد أنه الحق بعد استفراغ جهده في البحـث عـن الحقيقة ،ولذا فإن حكمه ينفذ ظاهراً في جميع الأحكام التي يصدرها،إذا كان موافقـاً للأصـول الشرعية والقانونية ، وهذا أمر قد اتفق الفقهاء عليه ، إذ لا فائدة من نـصب القـضاة وإيجـاد المحاكم، وكيف يمكن أن يستقر القضاء وتنفذ الأحكام إذا قلنا بخلاف ذلك؟

فلو أن امرأة ادعت على زوجها أمام القاضي الشرعي أنه طلقها ، وكانت الطلقة الثالثة وأثبتت ذلك بشاهدي زور ، وسار القاضي بالدعوى حسب الأصول ، وقضى بوقوع الطـلاق البائن بينونة كبرى على الزوجة من قبل زوجها ، وأن عليها العدة الشرعية من تاريخ وقـوع الطلاق ، فهل هذا الحكم يبيح لها أن تتزوج من زوج أخر بعد انتهاء عدتها ؟

إن حكم القاضي إذا صدر وفق الأصول فإن القضاء الشرعي الأردني لا يملك أن يمنع المرأة هذه من الزواج من رجل أخر بعد انتهاء عدتها ، فهي تملك ذلك قضاءً لكنها آثمة ديانة .

كما أن القضاء الشرعي الأردني لا يسمح للزوج الأول بإعادة زوجته إلى عـصمته إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره ، لا بقصد التحليل ، ويشترط دخوله بها ، وانقضاء عدتها [1] .

وبالتالي فإن الحكم الصادر من قبل القاضي الشرعي ، والـذي اسـتوفى الإجـراءات القانونية هو عنوان الحقيقة ، ولكن الحكم وإن نفذ في الظاهر، إلا أنه لا ينفذ في الباطن إن استند على بينة زور، فحكم القاضي الشرعي لا يغير الحكم في الباطن ، فهو لا يحـل حرامـاً ، ولا يحرم حلالاً .

([1]) قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (١٠) .

القاعدة الثالثة :

الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرّم حلالاً ، أو أحلّ حراماً[١] :

معنى القاعدة :

تشير القاعدة إلى أن الصلح الذي هو عقد يرفع النزاع ، ويقطع التخاصم بالتراضي[٢]، مشروع بين المسلمين ؛ لأن في الإصلاح بين الخصوم ما يزيل الضغائن والأحقاد ، ويؤلف بين القلوب ، ويبعث على التسامح بينهم [٣] ، بخلاف القضاء الذي قد يورث الضغينة ، ويقطع الأرحام ، ويوسع دائرة الخلاف بين المتخاصمين ،ومن هنا فعلى القاضي أن ينصح الخصوم، ويرغبهم في الصلح ، شريطة ألا يحل الصلح حراماً ، أو يحرم حلالاً .

وأصل هذه القاعدة قوله ﷺ: " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً "[٤] ، بالإضافة إلى النصوص الأخرى من القران والسنة والإجماع والآثار المروية عن بعض الصحابة والمعقول التي تدل على مشروعية الصلح بصورة عامة وفيما يلي بيان لأهمها :

أولاً : القران الكريم :

١- بقوله تعالى: "وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ "[٥].

وجه الدلالة : أن الله سبحانه وتعالى ندب إلى الصلح بين الزوجين عند وقوع التنازع بينهما ، ووصف ذلك الصلح بأنه خير ، وهذا دليل النهاية في الخيرية [٦] .

([١]) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج١ ، ص٨٤ ، البجنوردي ، محمد حسن، (١٣٧٧هـ) ، القواعد الفقهية ، ط١ ،٧م ، (تحقيق : مهدي المهريزي / محمد الدريني)، مطبعة الهادي ، ، ج٥ ، ص٩ ، الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص١٤٧ ، إسماعيل ، القواعد الفقهية ، ص١٩٨ .

([٢]) علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٧ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٣ ، ص٧٢ .

([٣]) الحريري ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص١٥٤ ، ويقول الدردير : " لأن القضاء أمر يوجب الشحناء والتفرق ، بخلاف الصلح فإنه أقرب لجمع الخواطر، وتأليف النفوس المطلوب شرعاً" ، الدردير ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص١٥٢ .

([٤]) الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب الصلح بين الناس ، وقال : حديث حسن صحيح ، ج٣ ، ص٦٣٤ ، ابن حبان ، صحيح ابن حبان ، ج١١، ص٤٨٨ ، الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ، وقال : حديث صحيح ، ج٤ ، ص١١٣ ، **الحديث صحيح ، واللفظ لهم** .

([٥]) سورة النساء ، آية (١٢٨) .

([٦]) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص٦١ .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [١] .

وجه الدلالة : إن الله امرنا بالإصلاح بين الفئات المتقاتلة من المؤمنين ، وذلك بدعوة الأطراف المتقاتلة إلى تحكيم كتاب الله بينهم ، والرضا بما فيه لهما وعليهما ، وذلك هو الإصلاح بينهما بالعدل [٢] .

٣- قوله تعالى : ﴿ لاَ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاَحٍ بَيْنَ النَّاسِ ﴾[٣] .

وجه الدلالة : إن الله سبحانه وتعالى جعل الإصلاح بين الناس سبباً لمرضاته ،ونيل الأجر العظيم في الدنيا والآخرة ، وهذا عام في الدماء ، والأموال ، والأعراض ، وفي كل شئ يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين [٤] .

ثانيا : السنة فإنها حافلة بالأحاديث الدالة على مشروعية الصلح ، ولكني أذكر أهمها وهي :

١- قوله عليه الصلاة والسلام : " ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام ، والصلاة ، والصدقة قالوا بلى يا رسول الله ، قال : إصلاح ذلت البين ... " [٥].

٢- ما رواه البخاري في صحيحه أن كعب بن مالك تنازع مع ابن أبي حدرد [٦] في دين على ابن أبي حدرد ، فأصلح بينهما النبي ﷺ قائلا : يا كعب ، قال : لبيك يا رسول الله ، فأشار إليه

---

(١) سورة الحجرات ، آية (٩) .

(٢) الطبري ، جامع البيان ، ج٢٦ ، ص١٤٦، ولذا جاءت الآية التالية ، ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ﴾ سورة الحجرات ، آية (١٠) .

(٣) سورة النساء ، آيه (١١٤) .

(٤) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج٥ ، ص٢٤٧ ، ولله در القائل :

إن الفضائل كلها لو جمعت ... رجعت بأجمعها إلى ثنتين

تعظيم أمر الله جل جلاله ... والسعي في إصلاح ذات البين

ابن حسين و تهذيب الفروق ، ج٤ ، ص٨ .

(٥) الهيتمي ، علي بن أبى بكر ، موارد الضمان ، (ت٨٠٧ هـ/١٤٠٤م) ، ١م ، (تحقيق : محمد عبد الرزاق حمزة) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص٤٧٥ ، ابن حبان ، صحيح ، ابن حبان ، ج١١ ، ص٤٨٩ ، الترمذي ، سنن الترمذي ، وقال : حديث صحيح ، ج٤ ، ص٦٦٣ ، **الحديث صحيح ، واللفظ للترمذي .**

(٦) هو عبد الله بن أبي حدرد الأسلمي ، واسم أبي حدرد أسيد بن عمير ، بن نافع ، عبد الباقي (ت٣٥١هـ/٩٦٢م) ، معجم الصحابة ، ط١ ، ٣م ، (تحقيق : صلاح بن سالم) ، مكتبة الغرباء الأثرية ، المدينة المنورة ، ج٢ ، ص١٣٢ .

بيده أن ضع الشطر من دَينك ، قال كعب : قد فعلت يا رسول الله ، قال رسول الله ﷺ : قم فاقضه "[١] .

ثالثاً :الإجماع : فقد اجمع العلماء على مشروعية الصلح بين الناس [٢]

رابعاً : الآثار : وأهمها قول عمر بن الخطاب ﷺ :" ردوا الخصوم حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن" [٣] .

خامسا : من المعقول :

فإن الصلح أقرب إلى بقاء المودة والألفة بين الناس ، ونزع التباغض والتخاصم بينهم، بخلاف القضاء فإنه يورث العداوة والضغينة فينبغي الاحتراز به ما أمكن .

من خلال ما سبق يتضح أن الصلح بصورة عامة أمر قد ندب الشرع إليه ، وحث المسلمين عليه ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا : هل يلزم القاضي أن يأمر الخصوم بالصلح قبل إصدار الحكم ، أم لا بد من القضاء بينهما ؟

للإجابة عن هذا التساؤل أقول :

اتفق الفقهاء على أنه يندب للقاضي أن يدع الخصوم إلى الصلح في الحالات التالية [٤] :

الحالة الأولى : إذا أشكل على القاضي معرفة وجه الحق في القضية المعروضة عليه .

الحالة الثانية : إذا كان الخصمان من أهل الفضل ، أو بينهما رحم .

الحالة الثالثة : إذا تبين للقاضي وجه الحق ، ولكنه يخشى من تفاقم الأمر بإنفاذ الحكم بينهما ، أي أن المفسدة المترتبة على الحكم أكبر من المصلحة المرجوة منه [٥] .

وفيما سوى ذلك اختلف الفقهاء في عرض القاضي الصلح على الخصوم على قولين :

---

(١) البخاري ، صحيح البخاري ،كتاب الصلاة ، باب رفع الصوت في المسجد ، ج١ ، ص١٢١ .

(٢) البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج٥ ، ص١١ ، إسماعيل ، القواعد الفقهية ، ص١٩٩ .

(٣) البيهقي ، سنن البيهقي ، ج٦ ، ص٦٦ ، ابن أبي شيبة ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج٤ ، ص٥٣٤ .

(٤) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص٦٦ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٥٨ ، السبكي ، فصل القضية ، ص٦٠ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٣٤ ، عبد الرفيع ، معين الحكام ، ج٢، ص٦١٣ ، المواق ، التاج والإكليل ، ج٦ ، ص١٣٣ ، الدردير ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص١٥٢ ، النووي روضة الطالبين ، ج١١ ، ص١٣٢ ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥١٨ ، ابن قدامة ، المغني ، ج١٠ ، ص١٠١ .

(٥) وأضاف الحنفية حالة أخرى وهي : إذا استمهل المدعي لإحضار بينة أو المدعى عليه حتى يأتي بالدفع ، وذهب الشافعية إلى القول : يجوز للقاضي تأخير الحكم ، إذا رضي الخصمان بذلك ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٥٣ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص١٦٢ .

القول الأول : أن على القاضي أن يصدر حكمه في القضية المعروضة عليه إذا ظهر له وحق الحق فيها ، وذلك لأن القاضي قد عرف بالحجة المحق من المبطل ، والظالم من المظلوم ، فلا يجوز الصلح والحالة هذه ؛ لأن فيه إعانة على الظلم ، وتشجيعاً له ، وهذا يتنافى مع الغاية التي من أجلها وجد القضاء ، وبه قال جمهور الفقهاء [١] .

القول الثاني : يرى أنه يندب للقاضي أن يعرض الصلح على الخصوم ، ويردهم مرة ومرتين طمعاً في الصلح بينهما ، فإن لم يطمع بذلك أنفذ بينهم القضاء ، وبه قال الحنفية [٢] .

واستدلوا بقول عمر ابن الخطاب ﷺ : " ردوا الخصوم حتى يصطلحوا " .

وهنا لابد من التفريق بين حالتين :

الأولى : عند حضور الخصوم ، وقبل أن يبدأ القاضي بسؤال الطرفين ، فإنه ينـدب للقاضـي عرض الصلح على الخصوم وذلك للنصوص السابقة الذكر.

الثانية : إذا ظهر للقاضي وجه الحق في القضية المعروضة أمامه بعد أن استمع لأدلة الطرفين، وعرف المحق من المبطل فعليه في هذه الحالة أن يصدر الحكم [٣] ؛ لأنه لا يجوز تأخير الحكم بعد تهييء أسبابه [٤] .

---

(١) السرخسي ، المبسوط ، ج١٦ ، ص٦٦ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٥٨ ، السبكي ، فصل القضية ، ص٦٠ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٣٤ ، عبد الرفيع ، معين الحكام ، ج٢ ، ص٦١٣ ، المواق ، التاج والإكليل ، ج٦ ، ص١٣٣ ، الدردير ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص١٥٢ ، النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص١٣٢ ، البهوتي ، شـرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ص٥١٨ ، ابن قدامة ، المغني ، ج١٠ ، ص١٠١ ، قال البهوتي:" أمـا إذا استنارت الحجة فليس له ذلك (أي الصلح) وروي عن شريح أنه ما أصلح بين المتحاكمين إلا مرة واحدة "، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٤٢٤ .

(٢) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ، ص٤٢٣ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٤٥٦ .

(٣) ويستثنى من ذلك الحالات السابقة الذكر .

(٤) الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٢ ، ص٣٥٣ ، ولذا يرى الإمام ابن حزم رحمه الله عـدم جواز تأخير الحكم مطلقاً ،إذا ظهر له وجه الحق ، ولو طمع القاضي بأن يصلح بين الخصوم، وذلك لانه لم يأت قط عن رسول الله ﷺ أنه رد خصوما بعدما ظهر الحـق ، بل قضى بالبينة على الطالب وألزم المنكر اليمين، والله تبـارك وتـعالـى يقـول : " كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ " النساء آيـة (١٣٥) ، " وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى " المـائدة آية(٢) " وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ " آل عمـران آية (١٣٣) ، فمن حكـم بالحـق حين يبدو إلـيه فقد قـام بالقسط،وأعانَ علَى البرِّ والتقوى، وسارع إلى مغفرة من ربه ، ومن تردد في ذلك فلم يسارع إلى مغفرة من ربه، ولا قام بالقسط، ولا أعان على البر والتقوى، ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص٥١٨ .

وبهذا جمع بين القولين وإعمال الأدلة جميعها، فنكون في الحالة الأولي قد أرشدنا إلى الصلح الذي جاءت النصوص من الكتاب والسنة حاثة عليه ، ومرتبة الأجر والثواب على من فعله ، ونكون في الحالة الثانية ، أوصلنا الحقوق إلى أصحابها بعدما لم نجد للصلح سبيلاً بين الخصوم .

إذا تقرر ما سبق لا بد من التأكيد هنا على عدة أمور أهمها :

الأمر الأول : أن الصلح الذي ندب الله إليه لا بد أن يكون مشروعاً ، بحيث لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ،وهذا ما نصت عليه القاعدة الفقهية وفي ذلك يقول ابن القيم ـ رحمه الله ـ : "والصلح العادل هو الذي أمر الله به ورسوله ﷺ كما قال تعالى : " فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ " [١] ، والصلح الجائر هو الظلم بعينه، وكثير من الناس لا يعتمد العدل في الصلح ، بل يصلح صلحاً ظالماً جائراً ...، وكثير من الظلمة المصلحين يصلح بين القادر الظالم ، والخصم الضعيف المظلوم بما يرضي به القادر وصاحب الجاه ، ويكون له فيه الحظ ، ويكون الإغماض والحيف على الضعيف ، ويظن أنه قد أصلح ، ولا يمكّن المظلوم من أخذ حقه ،وهذا ظلم ، بل يمكّن المظلوم من استيفاء حقه، ثم يطلب إليه برضاه أن يترك حقه بغير محاباة لصاحب الجاه[٢]

وعليه فالصلح الذي يحل حراما أو يحرم حلالاً كالذي يتضمن أكل ربا ، أو إسقاط واجب أو تعطيل حد ، أو ظلم لأخر ، وما شابه ذلك فكل هذا صلح جائر مردود [٣] .

الأمر الثاني : أن الصلح الذي ينبغي أن يكون بين الخصوم ، هو ما كان في حقوق العباد وفق أحكام الشرع [٤] ، أما ما كان في حقوق الله فلا يصح الصلح عليه ؛ لأن المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه ،أما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض ، وإسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه ، فلا يصح الصلح في حد الزنا أو السرقة ، أو شرب الخمر وغيرها كأن يصالحه على دفع مبلغ من المال، شريطة أن لا يرفعه إلى ولي الأمر فلا يصح[٥].

---

(١) سورة الحجرات ، آية (٩) .

(٢) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج١ ، ص٨٥ .

(٣) المرجع السابق

(٤) انظر : أحكام الصلح ، الكاساني ، بدائع الصنائع، ج٥ ، ص٤٧، الحموي ،غمز عيون البصائر ، ج٣ ، ص٦٩ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج٤ ، ص٧ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج٢ ، ص٥٤ ، ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، ص٦٠٣ ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٥ ، ص٣٤٨ .

(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٥٩، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج١ ، ص٨٥ .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي :

١-إذا صالح رجل له على أخر ألف دينار على أن يدفعها خمسمائة دينار صح الصلح .

٢-لو صالح رجل اقرض أخر مائة دينار على أن تكون نسبة الفائدة ١٠% فصالحه علـــى أن تكون ٥% لم يصح الصلح لأنه ربا .

٣- لو صالح رجل يشرب الخمر القاضي على أن يدفع له ألف دينار لم يصح ؛ لأن حد الشرب حق من حقوق الله .

٤- لو صالحت المرأة زوجها ،على أن تتنازل عن بعض مهرها ، مقابل أن تملك نفسها ، صح الصلح .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي يهدف إلى فض النزاع بين الخصوم ، والذي يتم إما بإجراء الصلح بينهما بالتراضي [١] ، أو بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم حسب الأصول ، ولذا فعلى القاضي أن يبذل جهده في الإصلاح بين المتخاصمين ؛ لأنه أقرب إلى جمع الخواطر وتأليف النفوس، بخلاف القضاء الذي يورث الضغينة ، ويقطع الأرحام ، ويوسع دائرة الخلاف بين المتخاصمين وعادة ما يتم الصلح في الجلسة الأولى لحضور الخصوم ، فيحاول القاضي جاهداً أن يصلح بينهما ، ولعله في كثير من الأحيان يؤجل الجلسة قبل البدء في المحاكمة أملاً بأن يتم الصلح بينهما ، وهذا لا يمنع من عرض الصلح على الخصوم في أية مرحلة من مراحل الدعوى [٢]، بل إن الصلح يجب عرضه على الخصوم من قبل القاضي في بعض الدعاوى ، وفينا يلي بيان لأهم التطبيقات القضائية على القاعدة :

أولاً: قانون الأحوال الشخصية :

لقد أوجب القانون أن يعرض الصلح على الخصوم في حالتين :

الأولى : في حالة التفريق للنزاع والشقاق فقد نص على ما يلي :

١- " إذا كان طلب التفريق من الزوجة [٣] ، وأثبتت إضرار الزوج بها ، بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما ، فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر الزوج بأن يصلح حاله معها ، وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر ، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما ، أحال الآمر إلى الحكمين" [٤] .

---

(١) نصت المادة (٦٤٧) من القانون المدني الأردني على أن : " الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي" .

(٢) نصت المادة (١٨٢٦) من المجلة على ما يلي :" يوصي ويخطر القاضي بالمصالحة بين الطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء ، أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح ، فإن وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح ، وإن لم يوافقا أتم المحاكمة " ، علي حيدر درر الحكام ، ج٤ ، ص٦٥٧ .

(٣) وكذا الأمر إذا كان المدعي الزوج وأثبت وجود النزاع والشقاق، بذل القاضي جهده فلا الإصلاح بينهما فإذا لم يمكن الإصلاح ،أجل القاضي دعواه مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة ، وبعد انتهاء الأجل إذا أصر على دعواه،ولم يتم الصلح أحال القاضي الأمر إلى الحكمين، قانون الأحوال الشخصية الأردني،المادة(١٣٢/فقره ب) .

(٤) المرجع السابق ، المادة (١٣٢/فقره أ) ، " وتحلف الزوجة اليمين الشرعية على عدم حصول الصلح في حال غيابه عن موعد الجلسة تعزيزا لقولها، وكذلك يحلف الزوج محكمة الاستئناف الشرعية،عمان ، قرار رقم (٢١٧٨٢) ،تاريخ ١٩٨٠/١١/٢٢ م، داود،القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ،ج١،ص٢٦٠ .

وعليه فإن عرض الصلح على الطرفين المتداعيين هو الإجراء المباشر بعد ثبوت الدعوى [١]، فإذا اثبت المدعي دعواه ينتقل القاضي إلى مرحلة عرض الصلح على الطرفين المتـداعيين [٢]، وذلك بدعوتهما إلى المصالحة لحضور جلسة عرض الصلح [٣] ، وفي حالة غياب أحد الطرفين عن جلسة المصالحة ، فعلى المحكمة أن تبذل جهدها في الإصلاح مع الحاضر، وإلا كان سـبباً لفسخ الحكم [٤] ، وفي حالة إصرار الطرفين أو أحدهما علـى عـدم الرغبة فـي الصلح، تقرر المحكمة عجزها عن الصلح ، وتسير المحكمة في الدعوى وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون [٥] .

٢- إذا عجزت المحكمة عن الصلح أحال القاضي الأمر إلى حكمين [٦] يشترط فيهما أن يكونـا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح ، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة ، والأخر مـن أهـل الزوج إن أمكن ، وإن لم يتيسر ذلك حكّم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح [٧] ، وعليهما أن يبحثا في أسباب الخلاف والنزاع بين الـزوجين ، معهمـا أو مـع جيرانهما إن مع أي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثهما معه ، وعليهما أن يـدونا تحقيقاتهـا بمحضر يوقع عليه ، فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضـية أقراهـا [٨] وإلا قررا التفريق بينهما ، وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون .

---

(١) محكمة الاستئناف الشرعية ، عـمـان ، قـرار رقـم (٢٣٥٧٠) تاريخ ١٩٨٣/٣/١٢م، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٢٦٥ .

(٢) "كما استقر عمل هذه المحكمة (أي الاستئناف) على انه لا يجوز بذل الصلح إلا مـع الزوجين بالذات، ولا يجوز مع وكلائهما ولو كان مفوضين بالصلح عنهما" ، مـحكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قـرار رقـم (٤٤٠٠٠) تاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٨م ، المرجع السابق ، ج١ ، ص٣٠٠ .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية،عمان، قرار رقم (٤٤٤٥) تاريخ ١٩٩٨/٣/١٤م ،المرجع السابق،ج١،ص٣٠٣.

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية قرار رقم (٣٩٧٦٩) تاريخ ١٩٩٥/١٢/١٣م ،المرجع السابق ، ج١ ، ص٢٩١.

(٥) قانـون الأحوال الشخصية الأردني المواد (١٣٢ ، ١٣٣) ، الهندي ، دعـوى التفريق للشقاق والنزاع ، ص١٤١ ، وما بعدها .

(٦) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم(٣٥١٢٤) تاريخ ١٩٩٢/١٢/١٩م ، المرجع السابق ، ج١ ، ص٢٨٤ .

(٧) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قـرار رقـم (٣٧٤٧٩) تاريخ ١٩٩٤/٦/٢٨م ، المـرجع السابق ، ج١ ، ص ٢٨٨ .

(٨) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٣٢فقره د /هـ) .

فالقضاء الشرعي حريص كل الحرص على الإصلاح والتوفيق بيم الطرفين ، فقد أوجب أولاً على المحكمة أن تبذل جهدها في الإصلاح ، واستنفاذ كل السبل لهذه الغاية ، فإذا عجزت المحكمة أحالت الأمر إلى حكمين أحدهما من أهل الزوجة ، والأخر من أهل الزوج ، إن أتمكن طمعاً في الإصلاح بينهما ، وهذا إن دل على شئ فإنما يدل على أن الإصلاح بين الخصوم أمر يسعى إليه القضاء الشرعي الأردني ويدعو إليه .

الثانية : في الخلع :

فقد نص القانون على أنه:" للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه ، وأقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع ، مبينة بإقرار صريح منها، أنها تبغض الحياة مع زوجها ،وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية ، وخالعت زوجها ، وردت عليه الصداق الذي استلمته منه ، حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين ، فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما ،خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً ، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائناً " [١] .

وما قيل هناك في الشقاق والنزاع يقال هنا من حيث دعوة الطرفين لجلسة المصالحة، وبذل المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما بالذات وإحالة الأمر إلى الحكمين إن عجزت هي عن الإصلاح ....، ولكن الفرق بينهما أن مهمة الحكمين في الخلع هو محاولة الإصلاح فقط ، أما في دعوى التفريق فمهمتهما الإصلاح فإن عجزرا فالحكم بالتفريق بالعوض .

٣- أوجب قانون أصول المحاكمات الشرعية في دعاوى النفقات قبل انتخاب الخبراء ، تكليف الطرفين الاتفاق على مقدار النفقة [٢] ، وهذا الاتفاق إنما هو نوع من الصلح على مقدارها .

ثانيا : محكمة الاستئناف الشرعية :

بالإضافة إلى ما سبق ذكره من قرارات لمحكمة الاستئناف الشرعية ، والتي تدل دلالة واضحة لا مجال للشك فيها ، من أن عرض الصلح على الخصوم مبدأ من أهم المبادئ القضائية التي يحرص عليها القضاء الشرعي الأردني ، فإنني اذكر على سبيل المثال لا الحصر مزيدا من هذه القرارات وهي :

١- " .... لأن التراضي صلح يمنع إعادة مناقشة النزاع فيما اصطلحا عليه عملاً بالمادة ١٥٥٦

---

(١) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (٦ فقره /جـ) .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٨٤) .

من المجلة " [١][٢] .

٢- ".... الصلح عقد يرفع النزاع بالتراضي ينعقد بالإيجاب والقبول "[٣] .

٣- ".... لأن التراضي صلح قطع كل جدل في تحديد النفقة "[٤] .

---

(١) حيث نصت المادة : "إذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع عنه ، ويملك المدعي بالصلح بدله، ولا يبقى له حق في الدعوى، وليس للمدعى عليه أيضاً استرداد بدل الصلح منه" ، علي حيدر، درر الحكام، ج٤ ، ص٥٦ .

(٢) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٩٠٤٩) ، تاريخ ٢٠٠٣/١٠/٩ م .

(٣) محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٥٧٢٣٨) ، تاريخ ٢٠٠٣/٢/٦ م .

(٤) محكمة الاستئناف الشرعية ،عمان ، قرار رقم (٥٨٧١٠) ، تاريخ ٢٠٠٣/٩/١٧م .

القاعدة الرابعة :

المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً [١] :

معنى القاعدة :

أنها توجب على كل مسلم أن يكون ملتزماً بما الزم به نفسه تجاه الآخرين ، بحيث يوفي بالشرط الذي شرطه على نفسه ، ويحرص كل الحرص على تطبيقه ، والالتزام بالآثار المترتبة عليه ، دون محاولة التهرب أو التحايل في تطبيقه ، شريطة أن لا يؤدي الالتزام بهذا الشرط إلى تحريم ما هو حلال أو إباحة ما هو حرام ، فحينئذ يكون في حل من الالتزام بهذا الشرط المخالف لشرع الله .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة من القرآن والسنة والإجماع والقياس وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : القرآن : حيث النصوص الآمرة بالوفاء بالعقود ، والعهود ، والوفاء بالشروط هو من باب ما أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود [٢] ومن ذلك ما يلي :

قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [٣] ، وقوله تعالى : ﴿ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾ [٤] .

وجه الدلالة : أن الله تبارك وتعالى أوجب على المسلمين أن يوفوا بعقودهم ، وعهودهم، وأن يتموها على وفق ما عقدوا ، أو عاهدوا عليه الطرف الأخر [٥] .

---

(١) البنجوري ، القواعد الفقهية ، ج٣ ، ص٢٤٩ ، الجزائري ، القواعد الفقهية المستخرجة من أعلام الموقعين ج١ ،ص٥٥٧ ، ولهذه القاعدة صيغ أخرى تفيد المعنى نفسه منها ما جاء في المجلة المادة (٨٣) ، يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٨٤ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤١٩ ، ومنها من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه ، قال الندوي : وهذه من العبارات الشهيرة التي تتسم بسمة القواعد وهي تسوغ الشروط الجعلية في أي عقد صحيح ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٣٠٠ ، وقد روى هذه القاعدة البخاري عن شريح ، البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الشروط ، باب ما يجوز من الاشتراط ، ج٢ ، ص٩٨١ ، وكيع ، أخبار القضاة ج٢ ، ص٣٤٠ ، وهذه القاعدة تعرف اليوم بأن العقد شريعة المتعاقدين .

(٢) أبو الطيب ، محمد شمس الحق ، (١٤١٥هـ) ، عون المعبود ، ط٢ ، ١٠م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ، ج٩ ، ص٣٧٣ .

(٣) سورة المائدة ، آية (١) .

(٤) سورة البقرة ، آية (١٧٧) .

(٥) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج٦ ، ص٢٤ ، الطبري ، جامع البيان ، ج٢ ، ص١١٨ .

ثانياً : السنة ، فقد وردت أحاديث كثيرة في الدلالة على مشروعية الشروط ، ووجوب الالتزام بها أذكر أهمها :

١- قوله ﷺ : " والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً " [١].

وجه الدلالة : أن هذا الحديث هو أصل القاعدة ، ومفاده أن الأصل في شروط المسلمين وجوب الوفاء بها ، إلا ما خالف شرع الله .

٢- قوله ﷺ : " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " [٢] .

وجه الدلالة : أن على المسلم أن يوفي بالشروط التي قطعها على نفسه ، وأولى هذه الشروط بالوفاء شروط النكاح .

ثالثاً : الإجماع : اتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بالشروط الصحيحة ضمن العقود اللازمة[٣] .

رابعاً : القياس : فقد قاسوا الوفاء بالشروط على وجوب الوفاء بالنذر ، قال ابن القيم :" فالشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين ، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر ، وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط " [٤] .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الشروط الواجب الوفاء بها ، هي تلك الشروط الموافقة للشرع ، لأن المسلمين لا يستجيزون إحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها ؛ لأنها شروط الشيطان وأتباعه لا شروط المسلمين ، فأبطل كل شرط لا يوافق الحق [٥] ، ولذا جاءت هذه القاعدة مقيدة بقولنا: إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً .

والفقهاء اشترطوا لوجوب الوفاء بالشرط عدة شروط أذكر أهمها على سبيل الإجمال دون التفصيل[٦] :

الشرط الأول : أن لا يكون مخالفاً للكتاب ، والسنة .

---

(١) الترمذي ، سنن الترمذي ، باب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح ، وقال : حديث حسن صحيح ، ج٣ ، ص٦٣٤ ، الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ، ج٤ ، ص١١٣ ، **الحديث صحيح ، واللفظ للترمذي** .

(٢) البخاري ،صحيح البخاري ، كتاب الشروط ، باب الشروط في المهر ، ج٢ ، ص٩٧٠ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب النكاح ، باب الوفاء بالشروط في النكاح ،ج٢ ،ص١٠٣٥ ، **واللفظ للبخاري** .

(٣) ابن القيم ،أعلام الموقعين ، ج٣ ، ص٣٠٢ ، البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج٣ ، ص٢٥٣ .

(٤) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج٣ ، ص٣٠٣ .

(٥) ابن حزم ، الإحكام ، ج٥ ، ص٢٤ .

(٦) البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج٣ ، ص٥٨ .

الشرط الثاني : أن يكون مقدوراً للمشرط عليه .

الشرط الثالث : أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء .

الشرط الرابع : أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد .

الشرط الخامس : أن ينص عليه في متن العقد .

وعليه فإن الشرط الجائز[١] ، هو ما يقتضيه العقد ، أو يلائمه ، أو جرى العرف به ، أو ورد من الشرع جوازه ، وفيما يلي بيان لذلك :

١- أما الشرط الذي يقتضيه العقد ، كأن يشترط على زوجته أن لا تخرج إلا بإذنه ، ولا تمنعه من نفسها ، أو كأن تشترط عليه العشرة بالمعروف ، والإنفاق عليها ، فهذه شروط من مقتضيات العقد تصح ، ويلزم الوفاء بها ، أما إذا كان الشرط يخالف مقتضى العقد ، كأن تشترط عليه أن لا يطأها لم يجب الوفاء بذلك الشرط [٢] .

٢- أما الذي يلائم العقد ، كأن يبيع شخص بشرط أن المشترى عند البائع شيئا معلوماً ،أو بشرط أن يحيل المشتري البائع على غيره لما يرجع إلى التوثيق والكفالة ، فالعقد صحيح والشرط لازم[٣] .

٣- أما الذي جرى العرف به، كمن اشترى نعلاً بشرط أن يشركها البائع صح العقد والشرط.

٤- أما الذي ورد الشرع بجوازه ، كمن اشترى بشرط خيار الشرط ونحوه ، من الخيارات فالشرط صحيح ، ويجب مراعاته [٤] .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي [٥] :

١- أن يشترط الرجل على زوجته ، أن لا تتصرف بشيء من متاعه إلا برضاه .

٢- أن تشترط الزوجة على زوجها أن يسكنها في محافظة جرش .

٣- لو شرط المودعُ للمودَع عنده أن لا يخرج بها من بلده ، فإن خرج بها إلى بلد أخر فهلكت كان ضامناً .

---

(١) الشروط تقسم إلى جائز، وفاسد ،ولغو ، أما الفاسد فهو المخالف للشرع ، وأما شرط اللغو فهو لا يكون فيه نفع لأحد العاقدين أو يشترط فيه نفع لأحدهما على الأخر ولكن بعد العقد ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٨٤ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤١٩ .

(٢) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٦ ، ص٢٥٩ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٢٠ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٤٨٦ .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) الشوكاني ، نيل الأوطار ،ج٦ ، ص٢٥٩ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٢٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يحترم إرادة المتعاقدين ، ويسعى جاهداً إلى تحقيق أي شرط فيه مصلحة مشروعة لصاحبه ؛ ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين ، فإذا شرط أحدهما على الأخر شرطاً وكان له فيه مصلحة مشروعة ، فإن القضاء الشرعي الأردني يجيز هذا الشرط ، ويحكم بمقتضاه ، ويوجب على الطرف الأخر الالتزام به [1] ، ويمكن أن ندرك التطبيقات القضائية لقاعدة "المسلمون عند شروطهم" في القضاء الشرعي من خلال ما يلي :

أولاً : قانون الأحوال الشخصية : ومن مظاهر تطبيق القاعدة فيه ما يلي :

أ- الزواج : فقد نص القانون صراحة على أنه: "إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ، ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج ، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً ، وسجل في وثيقة العقد ، وجبت مراعاته ، وفقاً لما يلي [2] :

١- إذا اشترطت الزوجة على زوجها ، شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً ، ولا يمس حق الغير، كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها ، أو أن لا يتزوج عليها ، أو أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت ، أو أن يسكنها في بلد معين كان الشرط صحيحاً وملزماً ، فإن لم يفِ به الزوج فسخ العقد بطلب لزوجة ، ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية .

٢- إذا اشترط الزوج على زوجته شرطاً تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعاً، ولا يمس حق الغير، كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت ،أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه ، كان الشرط صحيحاً وملزماً ، فإن لم تفِ به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج ، وأعفي من مهرها ومن نفقة عدتها .

وفي هذا دلالة صريحة على أن القضاء الشرعي الأردني ، يحترم شروط المتعاقدين إذا كان لهم فيها مصلحة مشروعة ، ويوجب على الطرف الأخر ضرورة الالتزام بمقتضى الشرط المنصوص عليه في عقد الزواج ، وإلا وبناءً على طلب الطرف المتضرر من عدم تنفيذ الشرط فأن القاضي يفسخ عقد الزواج [3]، وللزوجة مطالبة زوجها بسائر حقوقها الزوجية إن كانت هي

---

(1) فقد نصت المادة (١٩٩/فقره٢) من القانون المدني الأردني:"... أما حقوق فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما" ، وحقوق العقد هي ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتحفظه ، وتكمله ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج١ ، ص٢٢٨ ، كما نصت المادة (٨٣) من المجلة :" يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان" ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٨٤ .

(2) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٩) .

(3) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم(١٧٤٨٤) تاريخ ١٩٧٣/٤/٨م ، وقرار رقم (٢٦٩٢٠)=

صاحبة الشرط ، ويعفى الزوج من مهرها المؤجل،ومن نفقة عدتها إن كان هو صاحب الشرط.

ويلاحظ أن القضاء الشرعي الأردني قيد احترام الشرط في عقد الزواج بأمرين [١] :

الأول : أن لا ينافي الشرط مقاصد عقد الزواج ؛ كأن يشترط أحد الزوجين على الأخر أن لا يساكنه ، أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج .

الثاني : أن يؤدي الالتزام بالشرط ارتكاب ما هو محظور شرعاً؛ كأن يشترط أحد الزوجين على الأخر أن يشرب الخمر ، أو أن يقاطع أحد والديه .

فإذا كان الشرط من هذا القبيل كان الشرط باطلاً ، والعقد صحيحاً .

ب ـ **الطلاق :** فقد أجاز القانون تعليق الطلاق على شرط [٢] ، فلو قال الرجل لزوجته : إذا ذهبت إلى بيت أبيك فإنك طالق وكان قاصداً الطلاق ، فإن الطلاق هنا يقع إذا تحقق الشرط[٣] أي إذا ذهبت الزوجة إلى بيت أبيها ، أما إذا لم تذهب الزوجة إلى بيت أبيها ، فإنها لا تطلق وعليه فالقانون هنا لم يوقع الطلاق مباشرة ، بل احترم شرط الرجل ، وجعل وقوع الطلاق معلقاً على تحقيق الشرط .

جـ ـ **المخالعة :** فقد نص القانون على أنه : "إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد وحضانته ، أو اشترط إمساكها له بلا أجرة مدة معلومة ، أو إنفاقها عليه ، فتزوجت ، أو تركت الولد ، أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجرة إرضاع الولد، وحضانته ، ونفقته عن المدة الباقية [٤] ، أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت [٥] .

فالقضاء الشرعي الأردني يؤكد على ضرورة الالتزام بما اتفق عليه من شروط ، وعلى الزوجة المخالعة أن تتحمل ما يترتب عليها نتيجة مخالفتها هذه الشروط .

= تاريخ ١٩٨٦/١٠/٤م، وقرار رقم (٢٩٤٠٧) تاريخ ١٩٨٨/١١/٣م، وغيرها ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ،ج١ ، ص٣٧٠ ، عمرو ،القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص٢٢٥.

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٩ فقره/٣) .

(٢) المرجع السابق ، المادة (٩٦) .

(٣) ما لم يكن قصده الحمل على فعل شئ أو تركه ، فإن قصد ذلك ، فهنا لا يعمل بالشرط ، ولا يقع طلاقاً ، وعندها يدخل في قاعدة الأمور بمقاصدها .

(٤) أما إذا كانت الأم المخالعة معسرة وقت المخالعة ، أو أعسرت فيما بعد ، يجبر الأب على نفقة الولد ، وتكون ديناً له على الأم ، قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة رقم (١١٠) .

(٥) المرجع السابق ، المادة (١٠٩) .

هذا وقد استثنى القانون من قاعدة "المسلمون عند شروطهم" في هذا المجال مسألة وهي: إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة ، صحت المخالعة وبطل الشرط، وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ، ويلزم والده بنفقته فقط إن كان الولد فقيراً [١] .

والسبب في استثناء هذه الحالة من قاعدة احترام الشرط في القضاء الشرعي الأردني ، هو أن الشرط هنا فيه مضرة على الغير ، إذ يمس مصلحة المحضون ، ومصلحة المحضون تقتضي أن يبقى مع حاضنته ، إذ هي الأقدر على رعايته ، والقيام بشؤونه في هذه الفترة من عمره ، بخلاف والده والحضانة تدور مع مصلحة المحضون وجودا وعدماً؛ وذلك لأن حق الحضانة يشتمل على ثلاثة حقوق ، حق الحاضنة ، وحق المحضون ، وحق الولي ، فإذا أمكن التوفيق بين هذه الحقوق الثلاثة فبها ونعمت ، وإن تعارضت قدم حق المحضون . فإذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة ، أو قبلت بشرط عدم المطالبة بها ، فهي كحاضنة ملزمة بهذا الشرط ، ولكن لما كان تنفيذ الشرط يتعارض مع حق المحضون ، قدم حق المحضون ، وحقه أن تحضنه أمه في هذه الحالة .

ومما ينبغي ذكره هنا أن القضاء الشرعي الأردني اشترط لاعتبار الشرط في العقد أمرين :

أولاً : أن يسجل في وثيقة العقد [٢] .

ثانياً : أن يوافق الطرف الأخر على ذلك الشرط ، بحيث تكون صيغة الإيجاب والقبول التي تم بموجبها متضمنة لذلك [٣] .

ثانياً : محكمة الاستئناف الشرعية :

تبين فيما سبق إلى بعض القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية ، الدالة على تطبيق قاعدة "المسلمون عند شروطهم" ، ولكن حتى يزداد الأمر وضوحاً فقد نصت محكمة الاستئناف الشرعية صراحة على ذلك ، ومن أهم هذه القرارات ما يلي :

١- "... المستأنف عليها أبرأت المستأنف من نفقة صغيرها مدة الحضانة مقابل الطلاق ،

([١]) قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (١١١) .

([٢]) المرجع السابق ، المادة (١٩) .

([٣]) عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص٢٢٥ ، قرار رقم (١٦٥٠٦) ، وجاء في قرار أخر:" إذا اشترطت الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن تطلق نفسها متى شاءت ، فوافق الزوج على ذلك ، فلها أن تطلق نفسها استعمالاً لهذا الشرط " ، محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٤٠٧٦٨) تاريخ ١٩٩٦/٦/٢٤م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٣٧٩ .

والمستأنف عليه ما كان ليقبل بالطلاق بغير ذلك ، فكان من الأولى إعمـــال إرادة المتعاقـــدين، وإلزام كل واحدٍ منهما بما إلتزمه ، والمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً ، أو حـــرم حلالا [1] .

٢- "... أن الشرط الذي يعود لها (أي الزوجة) نفعه وفائدته ، يلزم الوفاء به ،وإن لم يفعل فلها فسخ النكاح ، وأنه من مصلحة المرأة ، وما كان مصلحة العاقد كان من مصلحة عقـــده ، ولا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً ،وقد استدل لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام:" المـــسلمون عند شروطهم "[2] ، وكانت الزوجة قد اشترطت على زوجها إذا لعب القمار ، فهي طالق منـــه طلقة واحدة تملك بها نفسها ،وقد قبل بذلك .

([1]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمـــان ، قـــرار رقـــم (٣٨٦٤٧) تاريخ ١٩٩٥/٣/٣٠م، داود ، القـــرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١٢٦٧ .

([2]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قـــرار رقم (١٠٣٢٨) تاريخ ١٩٥٩/٥/٢٦م، المرجع السابق ، ج١ ، ص٣٦٨ ، عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص٢٢٨ .

القاعدة الخامسة :

لا ينكر[١] تغير الأحكام بتغير الزمان [٢] :

معنى القاعدة :

الأحكام الشرعية الجزئية المبنية على العادات والأعراف ، قد تتغير وتتبدل نتيجة تغير هذه العادات والأعراف ؛ "وذلك لأن الأحكام المترتبة على العوائد تـدور معهـا كيفمـا دارت وتبطل معها إذا بطلت" [٣] ، بخلاف الأحكام المبنية على نصوص شرعية ثابتة ، فإنها لا تتغير ولا تتبدل [٤] ، وفي هذا تأكيد على سعة أفاق الفقه الإسلامي ، وكفاءته الكاملة لتقـديم الحلـول الناجعة للمسائل والمشاكل المستحدثة وصلاحيته لمسايرة ركب الحياة ، ومناسبته لجميع الأزمنة والأمكنة [٥] .

وتجدر الإشارة هنا إلى التنبيه على مسألتين :

الأولى : أنه لابد من تقييد القاعدة بالقيد التالي : لا ينكر تغير الأحكام المبنية علـى المـصلحة والعرف بتغير الزمان ؛ وذلك لأن الأحكام الشرعية نوعان [٦] :

---

(١) النكر : مـن نكر الشيء وأنكره إنكاراً لم يقبله قلبه،ولـم يعترف به لسانه ،وأصله في اللغة خلاف المعرفة التي يسكن إليها القلب ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج٥ ، ص٤٧٦ .

(٢) القرافي ، الفروق ، ج١ ، ص٣٢٢ ، الشاطبي ، الموافقات ، ج٢ ، ص٥٧١ ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج٣، ص١١ ، علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٤٧ ، المادة (٣٩) من المجلة ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٢٢٧ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٥٣ ، الندوي ، القواعـد الفقهية ، ص١٢٣ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٣١١ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٥٩ .

(٣) القرافي ، الفروق ، ج١ ، ص٣٢٢ .

(٤) هذا وقد اعتبر بعض الباحثين هذه القاعدة من قبيل نظرية العرف، أو أنها تتفرع عن قاعدة العادة محكمة ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٥٩ ، بينما ذهب الشيخ الزرقا ـ رحمه الله ـ إلـى القول : بأنها تابعة لقاعدة المصالح المرسلة ؛ وذلك لأن قعود الهمم، وفساد الذمم، وقلة الورع، وكثرة الطمع ، والمستحدثات الجديدة ليست أعرافاً يتعارفها الناس ،ويبنون عليها أعمالهم ومعاملاتهم ،وإنما هي انحلال في الأخلاق يضعف الثقة، أو هي اختلاف في وسائل التنظيم الزمني، وكل ذلك يجعل الأحكام التي أسّسها الاجتهاد في ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة التحقيق الغاية الشرعية مـن تطبيقها ، فيجب أن تتغير إلى الشكل الـذي يتناسب مع الأوضاع القائمة، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي ، الزرقا، المدخل الفقهي العـام،ج٢، ص٩٥٧ .

(٥) الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٢٦ .

(٦) علي حيدر ، درر الحكام ، ج١ ، ص٤٧ .

الأول : ما يكون مستنده النص الصريح من القران ، والسنة النبوية ، والإجماع فهذا النوع لا يخضع للتبديل والتغيير ؛ لأن التغير نسخ للأحكام الشرعية ، ولا نسخ وفاة النبي ﷺ [١] .

الثاني : ما يكون مستنده الاجتهاد من مصلحة ،أو قياس ، أو عرف ، أو عادة فهذا النوع هو محل التغيير والتبديل ، يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد ، لكي يختار ما هو أصلح في التنظيم نتاجاً ، وأنجح في التقويم علاجاً [٢] .

الثانية : أن تغير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف بتغير الزمان ، لا يكون بالتشهي أو تبعاً لأهواء الناس ، بل وضع العلماء أسباباً توجب تغيير الأحكام بسببها منها ما يلي :

السبب الأول : فساد الأخلاق ، وفقدان الورع ، وضعف الوازع الديني ، وهذا يسمى " بفساد الزمان" [٣] ، ومن ذلك قول عمر بن عبد العزيز :" ستحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور" [٤] .

السبب الثاني : حدوث أوضاع تنظيمية ، ووسائل زمنية جديدة ، من أوامر قانونية مصلحية وترتيبات إدارية وأساليب اقتصادية [٥] ، وغيرها مما يستدعي تغيير الأحكام المبنية عليها ، ومن ذلك ما يتخذه الحكام ، وولاة الأمور من الوسائل ، والأنظمة في سياسة الملك والإمارة، وحفظ الأمن والنظام ، فإن ذلك يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم بحسب الأزمنة والأمكنة، والبيئات ، والأمم والشعوب [٦] .

السبب الثالث : تبدل أحوال الناس وعوا ئدهم ، وعرفهم وأطوارهم ، الأمر الذي يترتب عليه تبدل الأحكام الشرعية المبنية على العادة والعرف [٧] .

السبب الرابع : حدوث معطيات علمية جديدة ، تستدعي تغير الحكم الذي بني على معطيات علمية قديمة ، ومن ذلك اختلاف الفقهاء في أقصى مدة الحمل ، فجاء العلم الحديث ليؤكد على أن الحمل لا يمكن أن يتأخر أكثر من شهر زيادة على التسعة أشهر .

---

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٦٣ .

(٢) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٤٢ .

(٣)المرجع السابق ، ج٢ ، ص٩٤٣ .

(٤) الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي ، (١١٢٢هـ/١٧١٢م) ، شرح الزرقاني ، ط١ ،٤م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٤١١هـ ،ج٤ ، ص٤٤.

(٥) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٤٣ .

(٦) شبير ، القواعد الفقهية ، ص٢٦٥ .

(٧) الملاح ، عمدة الحاكم ، ص٩١ .

السبب الخامس : حدوث ضرورات وحاجات عامة ، تتطلبها الحياة المعاصرة ، مما يستدعي تغير بعض الأحكام القديمة ، ومن ذلك أفتى المتأخرون من الفقهاء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ، والآذان ، والإقامة وغير ذلك [١] .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بأدلة من الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، وأثار الصحابة والمعقول وفيما يلي بيان لذلك :

أولاً : من الكتاب: قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفاً مِّنَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُونَ الْآنَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفاً فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴾ [٢] .

وجه الدلالة : ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : نزلت "إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين" ، فشق ذلك على المسلمين حين فرض الله عليهم ألا يفر واحد من عشرة ثم أنه جاء التخفيف فقال :" الآنَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنكُمْ " فهو من قبيل التخفيف لا النسخ [٣] ، بمعنى أن الحكم قد تغير بحسب الحال ففي حال القوة يعمل بالآية الأولى،وفي حال الضعف يعمل بالثانية[٤]

ثانيا : من السنة : أن النبي ﷺ نهى عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام ، وأمر بالتصدق بالباقي ، ثم أجاز النبي ﷺ في العام الثاني الادخار فقال ﷺ : "كلوا ، وأطعموا ، وادخروا ، فإن ذلك العام كان بالناس جهد ، فأردت أن تعينوا فيها" [٥] .

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ نهى عن الادخار في السنة الأولى ، وذلك لوجود حالة خاصة ، وهي وجود ضيوف وافدين على المدينة ، وهم يحتاجون إلى الإكرام ، بينما أذن لهم النبي ﷺ بالادخار في السنة التالية ؛ لأن الظرف العارض قد ارتفع ، وزالت تلك العلة مما يدل على أن الحكم المبني على حالة طارئة يتغير بتغير تلك الحالة [٦] .

---

(١) شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٦٥ ، ص٢٦٥ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٣١٦ .

(٢) سورة الأنفال ، آية (٦٥-٦٦) .

(٣) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج٨ ، ص٣٠ .

(٤) شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٦١ .

(٥) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الأضاحي ، باب ما يكل من لحوم الأضاحي ، ج٥ ، ص٢١١٥ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الأضاحي ، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي ، ج٣ ، ص١٥٦٣، **واللفظ للبخاري .**

(٦) شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٦١ .

ثالثا :الإجماع :اتفق الفقهاء على أن الأحكام الاجتهادية المبنية على العرف والعادة تتغير بتغير الزمان [١] .

رابعاً :من الآثار : ومن ذلك تغير الحكم بالنسبة لالتقاط ضالة الإبل ، فقد سئل النبي ﷺ عنها فقال :"معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء ، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها [٢] ، اي أن النبيﷺ نهى عن التقاطها ، ولما تغير الأمر في زمن عثمان بن عفان ﷺ أمر بالتقاط ضوال الإبل ، وبيعها كبقية الضوال على خلاف ما أمر به النبي ﷺ ، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها ؛ وذلك لأن عثمان ﷺ رأى أن الناس قد دب إليهم فساد الأخلاق والذمم ، وامتدت أيديهم إلى الحرام ، فهذا التدبير أصون لضالة الإبل وأحفظ لحق صاحبها ، خوفاً من أن تنالها يد السارق أو طامع [٣] .

خامساً : المعقول :

١- فإن الجمود على الأحكام المبنية على العوائد والأعراف المتغيرة يوقع الناس في حرج شديد ، ومشقة وتكليف ما لا سبيل إليه [٤] ، ولذا يقول القرافي ـ رحمه الله ـ :"الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين ،والسلف الماضين" [٥] ، وقال ابن القيم ـ رحمه الله ـ في وصف فصل تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد : " هذا فصل عظيم النفع جداً ، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم ، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه... ، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ، ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة [٦] .

٢- ثم إن تغير الأحكام بتغير الزمان سنة الله سبحانه وتعالى في تشريعه لعباده ، فإنه تعالى حين خلق الإنسان ، وكان الحال ضيقاً لقلة عدد الذرية أباح الأخت لأخيها ، ووسع في أشياء كثيرة ، وبقي ذلك إلى أن حصل الاتساع ، وكثرت الذرية فحرم ذلك في زمن بني إسرائيل،

---

(١) القرافي ، الفروق ، ج١، ص٣٢٢ .

(٢) البخاري ، صحيح البخاري ،كتاب اللقطة ، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ، ج٢ ، ص٨٥٦ ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب اللقطة ، ج٣ ، ص١٣٤٧ ، **اللفظ لهما** .

(٣) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٥١ .

(٤) شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٦٢ .

(٥) القرافي ، الفروق ، ج١ ، ص٣٢٢ .

(٦) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج٣٣ ، ص١١ .

وحرم السبت ، والشحوم ، ولحوم الإبل ، وأموراً كثيرة ، وكانت توبة الإنسان بقتلـه نفسه ، وإزالة النجاسة بقطعها ، إلى غير ذلك من التشديدات ثم لما جاء أخر الزمن وضعف التحمل، وقل الجلد لطف الله سبحانه وتعالى بعباده ، وخفف عنهم بإحلال تلك المحرمات ورفع تلك التكليفات، وقبول التوبات كل ذلك بحسب اختلاف الأحوال والأزمان سنة الله الجارية في خلقه[١]

من الأمثلة على القاعدة ما يلي [٢] :

١- أنه لما ندرت العدالة ، وعزت في هذه الأزمان ، قالوا : بقبول شهادة الأمثل فالأمثل ، والأقل فجوراً فالأقل [٣] .

٢- وكذلك في تعيين القضاة ، إذا لم يوجد عدول، أقمنا أصلحهم ، وأقلهم فجوراً لئلا تضيع المصالح ، وتتعطل الحقوق ، والأحكام [٤] .

٣- القيام بالعبادات والأعمال الدينية الواجبة كالإمامة ، وخطبة الجمعة ، وتعليم القرآن ،لا يجوز أخذ الأجرة عليها ، بل على المقتدر أن يقوم بذلك مجاناً ؛ لأنه واجب شرعي غير أن المتأخرين من الفقهاء لاحظوا قعود الهمم عن هذه الواجبات ، وانقطاع الجرايات من بيت المال إلى العلماء مما اضطرهم إلى التماس الكسب ، حتى أصبح القيام بهذه الواجبات غير مضمون إلا بأجر ، ولذلك أفتى المتأخرون بجواز أخذ الأجور عليها ، حرصاً على تعليم القرآن ، ونشر العلم ، وإقامة الشعائر الدينية بين الناس [٥] .

---

(١) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٢٨٨ .

(٢) علي حيدر ' درر الحكام ، ج١ ، ص٤٧ ، المحاسني ، شرح المجلة ، ج١ ، ص٦٤ ، أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٢٢٧ ، الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٤٥ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٣١٤ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص٢٦٦ .

(٣) أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٢٢٩ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص٩٤٨ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

القضاء الشرعي الأردني يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية التي منها أحكام ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان ، وأحكام اجتهادية تابعة للعرف والعادة تتغير بتغيرهما ، من هنا فإن القضاء الشرعي الأردني فيه أحكام ثابتة لا تتغير ولا تتبدل ، وفيه أيضاً أحكام متغيرة تبعاً لتغير الزمان والمكان ، والأعراف والتقاليد ، ولذا يمكن للباحث أن يستنتج أهم التطبيقات القضائية على القاعدة من خلال ما يلي :

أولاً : قانون الأحوال الشخصية :

١- تغير سن الزواج المسموح به :

حيث نصت المادة (٥) على أنه :" يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين ، وأن يتم الخاطب السنة السادسة عشرة ، وأن تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر [١] .

ولكن هذا الحكم قد تغير فأصبح يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين ، وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة من عمره ، ويستثنى من ذلك أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن ، إذا كان قد أكمل الخامسة عشرة من عمره ، وكان في مثل هذا الزواج مصلحة حددت أسسها بمقتضى تعليمات أصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية [٢].

والسبب في تغير الحكم في سن الزواج هو تعير الزمان ، حيث أن الناظر في تصرفات من يبلغ في زماننا الخامسة عشرة من عمره ، يجد أنها لا تؤهله لأن يصبح زوجاً ، وأباً لأسرة ويتحمل مسؤولياتها ،ولذا كثر وقوع الطلاق من أمثال هؤلاء لأنه لا يدرك معنى الزواج ، وما هي الآثار المترتبة عليه ، ومن هنا تغير الحكم فأصبح الأصل المنع من الزواج لمن لم يكمل الثامنة عشرة من عمره ، والاستثناء الجواز ، إذا وجدت مصلحة في مثل هذا الزواج .

٢- الإخبار عن الزواج المكرر :

فإن قانون الأحوال الشخصية الأردني ، لم يكن يشترط على القاضي قبل إجراء عقد الزواج المكرر أن يتحقق مما يلي :

([١]) قانون الأحوال الشخصية ، المادة (٥) .

([٢]) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية المادة (٢) حيث ألغت المادة (٥) من القانون الأصلي .

١- قدرة الزوج المالية على المهر والنفقة .

٢- إخبار الزوجة الثانية بأن الزوج متزوج بأخرى .

ومن ثم إعلام الزوجة الأولى من قبل المحكمة بعقد الزواج المكرر، بعد إجــراء عقــد الزواج ، بينما اشترط ذلك القانون المعدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني [١] ، والسبب فــي تغيير الحكم يعود إلى : أن الزواج المكرر يؤدي في الغالب إلى حدوث مشاكل أسرية، فكثيــر ممن يقدمون على هذه الخطوة لا يخبرون الزوجة الأولى بهذا الزواج ، وقد يبقى الأمر ســراً فترة طويلة من الزمن ، وقد ينجب من زوجته الثانية أولاداً ، وعند وفاتــه ينكــشف الأمــر ، ويظهر للمتوفى ورثة جدد ، ولا يخفى على أحد ما يترتب على ذلك من مشاكل ، ومن هنا جاء القانون المعدل لمعالجة هذه المشكلة ، وألزم إخبار كلا الزوجتين الأولى والثانية بالزواج .

٣- نفقة الزوجة العاملة :

حيث نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه :" لا نفقة للزوجة التــي تعمــل خارج البيت بدون موافقة الزوج [٢] .

بينما ذهب القانون المعدل إلى القول بأن الزوجة التي تعمل تستحق النفقة بشرطين :

أ- أن يكون العمل مشروعاً .

ب-موافقة الزوج على العمل صراحةً ، أو دلالةً ، ولا يجوز له الرجوع عن موافقته إلا لسبب مشروع ، ودون أن يلحق بها ضرراً [٣] .

والسبب في تغيير الحكم هذا أنه يتفق مع تطورات العصر الذي نعــيش فيــه ، حيــث أصبحت المرأة تشارك الرجل في تحمل أعباء الحياة ، وفي أغلب الأحيان فإن الرجــل يتقــدم لخطبة الفتاة وهي موظفة ، فيكون قد رضي بأن تعمل خارج البيت دلالة ، فالقول بحرمانها من النفقة إضرار بها ، وحرمان لها من جني ثمار دراستها ، كما أن نسبة النساء العــاملات زادت زيادة مضطرة ، وقد كان بعض الأزواج يتعسف ويطلب من زوجته ترك العمل ، وإلا اعتبرت ناشز ، فجاء القانون لمنع هذا التعسف دون أن يلحق بها ضرراً ، وهذا مــا عالجــه القــانون الجديد

([١]) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٣) .

([٢]) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٦٨) .

([٣]) قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٥) وألغى المادة السابق .

٤- تغيير مقدار النفقة :

فلو أصدر القاضي في المحكمة الشرعية حكماً يقضي بان تكون نفقة الزوجة مثلا على زوجها خمسين ديناراً شهرياً ، فإن هذا الحكم ليس ثابتاً ، وإنما يقبل التغيير ، وخاصة عند حدوث ظروف استثنائية كارتفاع الأسعار مثلا ، وهذا ما نصت عليه المادة (٧١) من قانون الأحوال الشخصية : " لا تسمع دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها، ما لم تحدث طوارئ استثنائية كارتفاع الأسعار [١] .

فالمادة صريحة في أن حكم تقدير النفقة من الأحكام الاجتهادية التي تتغير بتغير الزمان .

ثانياً : عمل محكمة الاستئناف الشرعية : حيث أن اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في بعض قراراتها يشير إلى هذه القاعدة ، ومن أهم الأمثلة على ذلك ما يلي :

١- نفقة الزوجة المحترفة :" ... بأن الزوجة معذورة في احترافها ،لاشتغالها بمصالحها فلا تسقط بذلك نفقتها ، وقد أخذت بهذا الرأي المحكمة الاستئنافية في قرارها رقم (١١٦٦٧) تاريخ ١٩٦١/٩/٢٥م ، والمحاكم الشرعية في مصر ، وهذا الرأي هو حري بالقبول ، وأجدر أن يسار على نهجه ؛ لأنه يتفق مع تطورات الزمن ، وطبيعة العصر ، الذي نعيش فيه ، حيث تشارك المرأة الرجل تحمل أعباء الحياة ، لأننا إذا قلنا بالرأي الأول(وهو أن الزوجة المحترفة إذا منعها زوجها من العمل ، ولم تجبه إلى طلبه فلا نفقة لها) ، وطلبنا من الزوجة أن تدع العمل اضررنا بها ، وحرمناها من جني ثمار دراستها ، وقطع مورد عن الزوج يعينه وينفس عن بعض ضيقه، وخصوصا في هذه الأيام التي استحكم فيها الغلاء الفاحش ،والضيق الاقتصادي[٢].

٢- زيادة نفقة زوجه: "... ولدى التدقيق تبين أن المستأنفة طلبت زيادة النفقة المفروضة لها على زوجها المستأنف عليه ، قبل مضي ستة أشهر على تاريخ فرضها ، وذكرت سببين موجبين لهذه الزيادة ، هما ارتفاع أسعار الحاجيات ، وتغير حال الزوج بتحسن قدرته المالية، وهما من الأسباب التي تندرج فيما يعتبر طارئا بعد الفرض [٣] .

([١]) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٧١) .

([٢]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٨٩٠٠) تاريخ ١٩٦٧/٤/٢٨ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ص١١٢٢ .

([٣]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (١٩٤٣٨) ، تاريخ ١٩٧٧/٥/٢ م، المرجع السابق ، ج٢ ، ص١١٢٨ .

القاعدة السادسة :

الحدود تدرأ بالشبهات [١] :

معنى القاعدة :

هذه قاعدة جليلة في باب القضاء يتجلى فيها الاحتياط ، والتدقيق في تنفيذ الحدود والقضاء بها [٢] من قبل القاضي ومفادها أن الشبهة إذا وجدت كانت سبباً لسقوط الحد ومانعاً من إقامته على الفاعل ٠

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة من السنة ، والإجماع ، وأثار الصحابة ، والمعقول :

أولاً : من السنة :

١- قوله ﷺ : " ادرؤوا الحدود بالشبهات " [٣] .

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ أمرنا أن ندفع إقامة الحد بالشبهات ، وهذا الحديث أصل القاعدة الفقهية.

٢- قوله ﷺ: " ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلو سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو ، خير من أن يخطئ في العقوبة " [٤] .

٣- ويشهد لهذه القاعدة أيضاً ما ثبت عن النبي ﷺ في وقائع عديدة من احتياطه في إقامة الحد

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٢٩ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٣٧٩ ، القرافي ،الفروق ، ج٤ ، ص٣١٣ ، العلائي ، المجموع المذهب ، ج٢ ، ص٣٠٣ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٢٧٣ ، الزركشي ، المنثور ، ج١ ، ص٤٠٠ ، وقد وردت هذه القاعدة بصيغ أخرى منها:" الحدود تسقط أو تدرأ بالشبهات بخلاف الحقوق ، " والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات " ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٥ ، ص٩٧ .

(٢) النووي ، القواعد الفقهية ، ص٢٤٢ .

(٣) ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر ، (ت ٧٧٤هـ/ ١٣٧٢م) ، تحفة الطالب ، ط١ .١م ، (تحقيق : عبد الغني الكبيسي) دار حراء ، مكة المكرمة ، ١٤٠٦هـ ، وقال : هذا الحديث لم أره بهذا اللفظ ، ص٢٢٦ ، الكناني ،مصباح الزجاجة ، كتاب الحدود ، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات ، قال : حديث ضعيف ، ضعفه أحمد وابن معين والدار قطني والنسائي ، ج٣ ، ص١٠٣ ، **الحديث ضعيف ، واللفظ لهما** ، ولكن العمل عليه .

(٤) الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود ، وقال : حديث عائشة لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ، وهو ضعيف ، ج٤ ، ص٣٣ ، ابن الملقن ، خلاصة البدر الطالع ، ج٢ ، ص٣٠٢ ، الزيلعي ، نصب الراية ، ج٣ ، ص٣٠٩ ، **الحديث ضعيف ، واللفظ للترمذي** ،ولكن العمل عليه .

وفي ذلك يقول ابن الهمام :"وفي تتبع المروي عن النبي ﷺ والصحابة ما يقطع في المسألة، فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز : لعلك قبلت ، أو غمزت ، أو نظرت [١] ...، كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا ، وليس لذلك فائدة إلا لكونه إذا قالها ترك ، وإلا فلا فائدة، ولم يقل لمن اعترف عنده بدين : لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه ، وكذا قال للسارق ، وللغامدية نحو ذلك ، فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك ، ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لأنه كان بعد صريح الإقرار، فكان هذا المعنى مقطوعاً بثبوته من جهة الشرع ، فكان الشك فيه شكا في ضروري فلا يلتفت إلى قائله ولا يعول عليه [٢] .

ثانياً : الإجماع : فقد أجمع الفقهاء على أن الحدود تدرا بالشبهات [٣] .

ثالثاً : من الآثار :

إن المتتبع لما روي عن النبيﷺ والصحابة ما يقطع بأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ولذا فإنني أقتصر على ذكر بعض هذه الآثار :

١- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال :" لأن أعطل الحدود بالشبهات ، أحب إليّ من أن أقيمها" [٤] .

٢- ما وروي عن بعض الصحابة أنهم قالوا :" إذا اشتبه عليك الحد فادرأه "[٥] .

٣- ما روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال :" ادروا القتل والجلد عن المسلمين ما استطعتم"[٦]

رابعاً : المعقول : فإن الحدود مبناها على الستر ،وإذا كان الآمر كذلك فالعقل يقتضي أن تدرأ الحدود بالشبهات تحقيقاً لهذه الغاية ، وفي ذلك يقول ابن القيم ـ رحمه الله ـ : "إنما أمر الله سبحانه بالعدد في شهود الزنا؛ لأنه مأمور فيه بالستر ، ولهذا غلظ فيه النصاب ، فإنه ليس هناك حق يضيع وإنما حد وعقوبة ، والعقوبات تدرأ بالشبهات [٧] .

---

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة ، باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت ، ج٦ ، ص٢٥٠٢.

(٢) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٥ ، ص٢٤٩ .

(٣) ابن المنذر ، الإجماع ، ص١١٣ .

(٤) ابن أبي شيبة ، المصنف في الأحاديث والآثار ، ج٥ ، ص٥١١ .

(٥) الصحابة هم معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة ، المرجع السابق ، ج٥ ، ص٥١١ .

(٦) المرجع السابق ، ج٥ ، ص٥١١ .

(٧) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج١، ص٧٦ .

٢- ثم إن الأصل في القاضي أن يقضي بالحق بعدما يثبت له بصورة قاطعة لا تحتمل الريبة، أو الشك إبراءً لذمته أمام الله سبحانه وتعالى ، أما إذا لم يظهر له وجه الحق بصورة واضحة، فعليه أن يدرا الحد بهذه الشبهة ؛ لأن القاضي أن يخطئ في العفو ، خير من أن يخطئ في العقوبة .

وتجدر الإشارة هنا إلى عدة مسائل أهمها :

١- أن الشبهة التي تسقط الحد لا بد أن تكون قوية ذات دليل ، ولذا قال السيوطي :" وشرط الشبهة أن تكون قوية ، وإلا فلا أثر لها "[١] .

٢- أن الشبهة وإن أسقطت الحد ، إلا أنها لا تسقط التعزير ، بل يثبت التعزير بها [٢] .

٣- أن الشبهة التي تسقط الحد ، قد تكون في الفاعل كمن وطئ امرأة ظنها حليلته ، أو كمن وجد امرأة على فراشه فظنها زوجته فوطئها [٣] ، وقد تكون في المحل ، وذلك كدرء القطع بسرقة أحد الشريكين [٤] ، وقد تكون في الطريق ، وذلك بأن يكون حلالاً عند قوم ، حراماً عند آخرين [٥] ، كالنكاح بلا ولي ، ولا شهود ، بشرط أن يكون ذلك الخلاف معتبرا، فمتى وجدت

([١]) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٧٥ ، وتعجب الحنفية من هذا الشرط ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٣٠ ، بينما ذهب الحموي إلى القول : القول : لا عجب في المسائل الاجتهادية المبنية على الأدلة الصحيحة الشرعية ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٣٨٨ .

([٢]) إذ لو سقط التعزير بالشبهة لعمت الفوضى ، واضطرب الأمن ، والسياسة الشرعية تقتضي بذلك لاستقرار الأمة ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٧٥ ، كلام المحقق ، هذا وقد اختلف الفقهاء في إسقاط الكفارة بالشبهة ، فذهب الشافعية إلى سقوطها ، بينما ذهب الحنفية إلى ثبوت الكفارة مع وجود الشبهة إلا كفارة الفطر في رمضان فإنها تسقطها ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٣٠ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٧٥ ، وقال القفال : لا تسقط الفدية بالشبهة ؛ لأنها تضمنت غرامة ، بخلاف الكفارة فإنها تضمنت عقوبة فالتحقت في الإسقاط بالحد ، وتسقط الإثم ، والتحريم إن كانت في الفاعل دون المحل ، المرجع السابق .

([٣]) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٧٣ ، العلائي ، المجموع المذهب ، ج٢ ، ص٣٠٣ .

([٤]) العلائي ، المجموع المذهب ، ج٢ ، ص٣٠٣ .

([٥]) وهنا ليس اختلاف العلماء هو الشبهة ، ولذلك لم يلتفت إلى خلاف عطاء بإباحة الجواري للوطء ، وإنما الشبهة في التعارض بين أدلة التحريم والتحليل ، وكل قائم دليله وليس أحدهما أولى من الأخر ، السيوطي ، الأشباه و النظائر ، ج١ ، ص٢٧٣ ، العلائي ، المجموع المذهب ، ج٢ ، ص٣٠٣ ، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج٢ ، ص١٦١ .

شبهة من هذه الثلاث أسقطت الحد عن الواطئ [١] .

من الأمثلة على القاعدة ما يلي[٢]:

١- لا قطع بسرقة مال أصله ، وفرعه لشبهة استحقاق النفقة [٣] .

٢- لا حد في الوطء في النكاح بلا ولي ولا شهود [٤] .

٣- يسقط الحد على من وجد امرأة على فراشه فظنها زوجته فوطئها (٥) .

---

(١) العلائي ، المجموع المذهب ، ج٢ ، ص٣٠٣ ، هـذا عند الشافعية ، أما عند الحنفية فقد قسموا الشبهة إلى قسمين : شبهة في الفعل ، وشبهة في المحل ، ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٥ ، ص٢٥ .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٢٩ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ، ص٣٨٠ ، العلائي ، المجموع المذهب ، ج٢ ، ص٣٠٣ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٢٧٣ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج ٥، ص٩٠ .

(٣) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج٢ ، ص٢٧٤.

(٤) العلائي ، المجموع المذهب ، ج٢ ، ص٣٠٣ .

(٥) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٥ ، ص٢٥٠ .

موقف القضاء الشرعي الأردني :

لقد حددت المادة (١٠٥) من الدستور الأردني الاختصاص للمحاكم الشرعية حيث نصت على ما يلي : "للمحاكم الشرعية وحدها حق القضاء ،وفق قوانينها الخاصة في الأمور التالية[١]:

١- مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين .

٢- قضايا الدية إذا كان الفريقان كلاهما مسلمين ، إن كان أحدهما غير مسلم ورضي الفريقان أن يكون حق القضاء في ذلك للمحاكم الشرعية .

٣- الأمور المختصة بالأوقاف الإسلامية .

كما جاءت المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية مفصلة لهذه المسائل التي نص عليها الدستور [٢] ، ولم يذكر القانون الحدود من ضمن هذه المسائل التي هي من اختصاص المحاكم الشرعية النظر فيها ، وعليه فإن الأصل في قاعدة الحدود تدرأ بالشبهات لا وجود لها في القضاء الشرعي الأردني ؛ لأن موضوعها الحدود والتي هي ليست من اختصاص المحاكم الشرعية الأردنية .

ولكن القضاء الشرعي الأردني قد استثنى من ذلك دعوى إثبات الردة ،حيث جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف الشرعية، أنه قد جرى العمل لدى محكمة الاستئناف الشرعية قديماً وحتى الآن ، أن دعاوى الردة من وظائف المحاكم الشرعية ، وقد أصدرت بهذا الخصوص قرارات استئنافية كثيرة [٣] .... وإن قرارات محكمة الاستئناف الشرعية قطعية عملاً بالفقرة (ب) من المادة (٢١) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (١٩) لسنة (١٩٧٢)

ولعل السبب في جعل دعوى الردة من اختصاص المحاكم الشرعية ،ذلك أن ثبوت الردة توجب فسخ النكاح بين الزوجين ، والحجر على المرتد ومنعه من الإرث ، وهذه كلها من مسائل الأحوال الشخصية التي هي من وظيفة المحاكم الشرعية النظر والفصل فيها ، ويؤكد هذا ما

---

(١) قانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني ، المادة (٢٢)، الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص١٣ ، ص٣٦ .

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية ، المادة (٢) .

(٣) منها قرار رقم (٩٣٢٥) تاريخ ١٩٥٦/١٢/٨م، والقرار رقم (٢٠٧٦٧) تاريخ ١٩٧٩/٥/٢٧م ، والقرار رقم (٢١٣٤٩) تاريخ ١٩٨٠/٤/٢١ م، والقرار رقم (٣١٢٣٨) تاريخ ١٩٩٠/٢/٢١م، محكمة الاستئناف الشرعية، عمان ، قرار رقم (٤٤٣٣٢) ، تاريخ ١٩٩٨/٢/٢٥ م، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٦٥٩ .

جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ، أن هذه المحكمة الاستئنافية تبحث أولاً في وظيفة المحاكم الشرعية بالنظر والفصل في موضوع الردة ، والآثار المترتبة عليها ، وبما أن الردة توجب فسخ النكاح بين الزوجين ، والحجر على المرتد ، ومنعه من الإرث ، وهذه كلها من مسائل الأحوال الشخصية التي هي من وظيفة المحاكم الشرعية النظر ، والفصل فيها بمقتضى المادة (١٠٥) من الدستور والمادة (٢٢) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (١٩) لسنة ١٩٧٢م، والمادة الثانية من قانون أصول المحاكمات لسنة ١٩٥٩م ، وإن لم تذكر فيها الردة صراحة إلا أن الفقرة (١٦) من هذه المادة أناطت بالمحاكم الشرعية حق النظر والفصل في كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية بين المسلمين كما أن المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٧٦م، ألزمت المحاكم الشرعية بالرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة فيما لا نص عليه في القانون المذكور ، ومن الراجح في هذا المذهب إنفساخ عقد الزواج إذا ثبتت ردة أحد الزوجين ، وقد استقر العمل لدى المحاكم الشرعية ، ومحكمة الاستئناف الشرعية على النظر في دعاوى الردة والفصل فيها ، كما أن الأحكام الصادرة في موضوع الردة من المحاكم الابتدائية الشرعية خاضعة لتدقيقها من قبل المحكمة الاستئنافية الشرعية ولتعلق حق الله تعالى بها ، استناداً إلى المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، والقرارات الاستئنافية العديدة بهذا الخصوص ، ومنها القرارات (٩٣٢٥ ، ٢٠٧٦ ، ٢٣٩٠٧) ولما تقدم فإن هذه المحكمة الاستئنافية تقرر أن من وظيفة المحاكم الشرعية النظر والفصل في دعاوى الردة أو الآثار المترتبة عليها شرعاً ، وأن الأحكام الصادرة فيها خاضعة لتدقيق هذه المحكمة الاستئنافية لتعلق حق الله تعالى بها ، ولا تقر المحكمة الابتدائية فيما ذهبت إليه من عدم الوظيفة في ذلك [١] .

كما جاء في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ما يلي :

١- "... إلا أن إثبات الردة من باب إثبات الحدود ، وهي لا تثبت بالنكول عن اليمين فلا تحليف فيها على نفي الدعوى... ، قال ابن نجيم : "يستحلف إلا في الحدود ؛ لأن النكول إقرار ، أو بذل عنه ،ولكن فيه شبهة ، والحدود تندرىء بالشبهات ، والبذل لا يجري في هذه الأشياء ، وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها ، وعليه وللعجز عن إثبات هذه الدعوى ولكون الأصل في الإنسان البراءة تقرر تصديق الحكم (رد دعوى المدعية برده زوجها)[٢].

([١]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٣١٢٣٨) تاريخ ١٩٩٠/٢/٢١ م، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج١ ، ص٦٤٩ .

([٢]) محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٥٧٥١٧) تاريخ ٢٠٠٣/٤/٢٤م.

٢- " ... لا يخرج المسلم عن إسلامه ، إلا أن يتحقق خروجه منه على وجه اليقين كما دخل ، فلم يكن النكول عن اليمين بينة شرعية مثبتة للردة ؛ لأن الفقهاء لم يجمعوا على مدلول النكول عن اليمين بأنه إقرار ، فمنهم من قال :بذلك ، ومنهم من قال : أنه بذل ،هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ قال : أن النكول بذل ، والحد لا يحتمل البذل ، وقال الصاحبان : إنه إقرار فيه شبهة العدم ، لأنه ليس بصريح إقرار بل هو إقرار بطريق السكوت، وكان فيه شبهة العدم ، والحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم ، فلا يكون النكول دليلاً شرعياً قاطعاً في إثبات الردة ، ووجوب الحد الشرعي [١] .

يتضح من خلال ما جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية ، أن قاعدة الحدود تدرأ بالشبهات ليست من اختصاص المحاكم الشرعية ؛ وذلك لأن إقامة الحدود ليس من اختصاصها وإنما غاية ما في الأمر أن الردة لا تثبت بالنكول ، فالشبهة هنا في الإثبات لا في إقامة الحد وبالتالي فإن هذه القاعدة خارجة عن اختصاص المحاكم الشرعية ؛ لأنه ليس من اختصاصها الحكم بالجلد المترتب على الردة حتى تسقطه بالشبهة ، والله أعلم .

---

[١] محكمة الاستئناف الشرعية ، عمان ، قرار رقم (٢٣٩٠٧) تاريخ ١٩٨٣/٨/٣ م ، داود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص٦٤٤ ، وكذلك ، قرار خماسي ، رقم (٤٣٠٢٦) تاريخ ١٩٩٧/٦/٢٨م ، المرجع السابق ، ج١ ، ص٦٥٣ .

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وتتجلي بنوره الظلمات ، الحمد لله على ما منّ به وأعطى ، ووفق ويسر ، لإتمام هذه الأطروحة التي توصلت من خلالها إلى النتائج والتوصيات التالية :

أولاً : النتائج :

١- دراسة علم القواعد الفقهية من أهم العلوم التي ينبغي لطالب العلم دراستها ، والإلمام بهـا؛ لأنها تكون لديه ملكة فقهية تنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه ، ومعرفة الأحكام الشرعية واستنباط الحلول للوقائع المستجدة .

٢- الأصل في القاعدة الفقهية عدم اعتبارها دليلاً شرعياً في استنباط الأحكام ، ما لم تكن القاعدة الفقهية نصاً صريحاً من القرآن ، أو السنة الصحيحة ، أو انعقد الإجماع على صحتها ، فعندها تعتبر دليلاً شرعياً يجب الأخذ به .

٣- الحكم القضائي هو : فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ، ومن في حكمه بطريق الإلزام .

٤- الحكم القضائي له مقومات لابد من توافرها ، وإن انعدام أي منها يجعل الحكم عرضة للنقض والإبطال ، وهي : الحاكم ، والمحكوم له ، المحكوم عليه ، المحكوم فيه ، والمحكوم به، وطريق الحكم .

٥- القاضي هو الذات الذي عيّن ونصب من قبل السلطان ، لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس وفق شرع الله تعالى ، ولذا اتفق الفقهاء على اشتراط صفات في القاضي لا يصح توليته القضاء بدونها ، وهي الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، وسلامة الحواس ، واختلفوا فيما سوى ذلك كالذكورة ، والعدالة ، والاجتهاد ...

٦- القضاء من فروض الكفاية ، وهو من أقوى الفرائض ، وأشرف العبادات المطلوب تحقيقها من المسلمين ، وبما أن الحاكم المسلم نائب عنهم في ذلك ، وهو لا يستطيع أن يقوم بفصل الخصومات ، وقطع المنازعات بنفسه في جميع أنحاء البلاد ، فوجب عليه أن يعمد إلى نصب القضاة في كل ناحية من نواحي الدولة المسلمة .

٧- السلطة المخولة بتعيين القضاة في القضاء الشرعي الأردني هو المجلس القضائي والذي يتكون من رئيس محكمة الاستئناف الشرعية في عمان رئيساً وعضوية كل من مدير الشرعية ، وأقدم عضوين في محكمة الاستئناف الشرعية ،والمفتش الأقدم في هيئة التفتيش .

٨- الأصل في وسائل الإثبات أن تكون غير محصورة ولا متعينه بما ذكره بعــض الفقهـــاء، وخاصة في زماننا الذي شهد تقدماً علمياً ملحوظاً في هذا المجال ، فالبينة هي اسم لكل ما يبين به الحق وفق شروط وضوابط معينة تحقق الغاية المنشودة ، وهي إظهار الحق ، وهذا ما ينبغي على القضاء الشرعي الأردني الأخذ به .

٩- من المبادئ القضائية المستقرة المختصة بالخصوم في الفقه والقضاء الشرعي الأردني والتي تعتبر بحد ذاتها قواعد فقهية في مجال القضاء: المدعي من لا يجبر على الخصومة ، والمدعى عليه من يجبر عليها ، وعلى القاضي أن لا يحكم بدون طلب ،والبينة على من ادعى واليمــين على من أنكر ، والأصل براءة الذمة وغيرها .

١٠- الأصل في الحكم القضائي أنه جزئي الأثر، من حيث الواقعة بحيث يقتصر حكم القاضي في تلك الواقعة عليها فقط ، ومن حيث الخصوم ، فلا يلزم بالحكم إلا أطراف الدعوى .

١١- القضاء الإسلامي يحرص كل الحرص على صون حقوق الناس ، ومنع الاعتداء عليها ، وذلك لإغلاق الباب أمام كل من يحاول أن يحصل على شيء قبل حلول وقته ، وأوانـــه ولـــذا أصبح من المقرر في القضاء الإسلامي أن من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه .

١٢- يجوز تخصيص القضاء بالزمان والمكان ، ولذا فإن القاعدة العامـــة فـــي الاختـــصاص المكاني أن العبرة في تعيين القاضي المختص برفع الدعوى ، هي لمكان إقامة المـــدعي عليـــه ويستثنى من ذلك دعوى العين وخاصة العقار ، فإنها ترى في المكان التي توجد فيه .

١٣- الأصل أن الدعوى بالمجهول لا تسمع ، ما لم يقم المدعي بتوضيح دعواه ، ذلك لأنها تعد ضرباً من العبث ، إذ لا يتصور فيها تحقيق الغاية من القضاء ، وهي فصل النـــزاع ، وقطـــع الخصومة ، وإيصال الحق إلى صاحبه .

١٤- دعوى المستحيل عقلاً وعادة غير صحيحة ، لتيقن الكذب في المستحيل العقلي ، وظهوره في المستحيل العادي .

١٥- لا يشترط في الدعوى وجود خلطة بين المدعي والمدعي عليه ، فالحق أحــق أن يتبـــع .

١٦- على المدعي أن يطالب في دعواه بمصلحة مشروعة ، وأن يترفع عن المطالبة بالأشـــياء التافهة الحقيرة ، وعلى المدعى عليه أن يسعى لإبراء ذمته أمـــام الله ســـبحانه وتعـــالى، دون مطالبته أمام القضاء ؛ لأن هذا أليق بأهل الفضل ، وذوي المروءات .

١٧- مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل ، مبدأ عظيم ينبغي على القاضي أن يحـــرص عليه كل الحرص ، حتى يبرئ ذمته أمام الله سبحانه وتعالى ، فإذا تبين للقاضي أنه أخطأ فـــي حكمه فيجب عليه أن يبادر بالرجوع عن ذلك .

١٨- تقادم الزمان وإن كان مانعاً من سماع الدعوى بعد مرور فترة زمنية معينة حسبما نـص عليه الفقهاء و القضاء الشرعي الأردني ، إلا أنه لا يسقط الحق ، فتبقى ذمـة المـدعى عليـه عامرة به ، لا تبرأ إلا بالأداء أو الإبراء .

١٩- الأصل في الأبضاع التحريم ؛ لأن قاعدة الشرع أن الشيء إذا عظم قـدره شـدد فيـه، وكثرت شروطه تعظيماً لشأنه ورفعاً لقدره .

٢٠- على القاضي أن يقضي بكتاب الله عز وجل ، فإن لم يجد فبسنة رسول الله ﷺ ، فإن لـم يجد فبما أجمع عليه علماء الأمة ، وإلا شاور أهل العلم والفضل ، وإلا اجتهد برأيه .

٢١- الأصل أن أحكام القاضي مرعية إذا صدرت مستوفية للشروط المطلوبة فيها ، وإنها حجة لا يجوز نقضها ؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ما لم يخالف نصاً صريحاً مـن القـرآن، أو السنة ، أو الإجماع ، أو من النصوص القانونية الواجبة التطبيق ، وإلا نقضت لأنـه لا مـساغ للاجتهاد في مورد النص .

٢٢- القضاء من أجل العلوم ، وأشرفها قدراً ، ولذا فمن الواجب على إمام المسلمين أن يعـين من القضاة ما يكفي لحل المنازعات ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها في كل أنحاء الـبلاد بمـا يرفع الحرج والمشقة عن الناس ممن هم أهل لذلك .

٢٣- أحكام الشرع قد جرت على أنه يجب أن يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها علـى من هو دونه ، فيقدم في القضاء من هو أعرف بالأحكام الشرعية ، وأشد تفطناً لحجاج الخصوم، وخداعهم وهكذا .

٢٤- الولاية الخاصة وإن كانت أقوى من الولاية العامة ، إلا أن لصاحب الولاية العامة حـق المراقبة ، والاعتراض والتدخل في الشؤون المتعلقة في الولاية الخاصـة ، إذا لاحـظ فيهـا تقصيراً أو خيانة أو تعسفاً .

٢٥ - الأصل في القاضي أن يتصرف على من تحت ولايته بالمصلحة ، وذلك بالنـصح لهـم والنظر لما فيه مصلحتهم في الدنيا والآخرة ، وإلا كان غاشاً لهم مستحقاً لحرمانه من الجنة.

٢٦- تصرفات القاضي يجب أن تكون بعيدة كل البعد عن كل ما من شأنه أن يثير شبهة تقدح في حكمه ؛ كأن يقضي لنفسه ، أو لقرابته ، أو على عدوه وغيرها ، وذلك لأن التهمة تقدح في التصرفات إجماعاً .

٢٧- القاضي المؤهل المستوفي شروط التولية ، لاضمان عليه إذا أخطا في حكمه ، ما لم يكن متعمداً ، وإنما الضمان على المحكوم له ، إن كان مما يمكن تداركـه ، أو علـى بيـت مـال المسلمين.

٢٨- حكم القاضي وإن كان لا يحيل الأمر عن حقيقته فلا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، إلا أنه يرفع الخلاف .

٢٩- القضاء الإسلامي حريص كل الحرص على الاحتياط والتدقيق في تنفيــذ الحــدود و القضاء بها ؛ وذلك لأن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة ، ولذا فإن الشبهة إذا وجدت كانت سبباً لسقوط الحد ، ومانعاً من إقامته ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

ثانياً : التوصيات :

يوصي الباحث بالاقتراحات و التوصيات التالية :

أولاً : العمل على توسيع نطاق عمل المحاكم الشرعية الأردنية ، وعدم قصرها على مسائل الأحوال الشخصية ، والدية ، والأوقاف .

ثانياً : إعادة النظر في بعض المواد التي نص عليها قانون أصول المحاكمات الــشرعية ، وقانون الأحوال الشخصية الأردني ، والتي أشرت إليها في مكان ورودها في الأطروحة .

ثالثاً : تحديد صريح لموقف القضاء الشرعي الأردني من بعض القضايا ، وخاصة مسؤولية القاضي الشرعي عن أحكامه من حيث الضمان ، أو عدمه .

رابعاً : الحرص كل الحرص على أن نقدم في ولاية القضاء من هــو أقــوم بمــصالحه، والأقدر على القيام بها، وهذا الأمر قد يتطلب إعادة النظر في أسس اختيار وتعيين القضاة .

خامساً : دعوة القضاة الشرعيين إلى دراسة القواعد ، والضوابط الفقهية المختصة بالقضاء الشرعي ، والعمل على تطبيقها عند إصدار أحكامهم .

سادساً : دراسة المواضيع التالية :

١- الضوابط الفقهية المختصة بمسائل الأحوال الشخصية ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني .

٢- القواعد الفقهية التي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية ، وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني .

وأخيرا ، فإنني لا أدعي استيفاء البحث حقه ، والإحاطة به من كل جوانبه ، فــالأمر لا يخلو من نقصٍ ، أو تقصيرٍ ، وهذه طبيعة البشر ، ولكني أسأل الله سبحانه وتعالى أن أكون قد وفقت فيه ، فإن أصبت فالحمد والمنة لله ، وما كان من خطأ ، أو تقصير فمــن نفــسي والشيطان ، والله أسأل المغفرة والسداد .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المراجع والمصادر

أ

الآمدي، علي بن محمد، (ت ٦٣١هـ/١٢٣٣م). **الإحكام في أصول الأحكام**، ط١، ٤م، (تحقيق: سيد الجميلي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٤هـ .

إبراهيم مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط** ، المكتبة العلمية، طهران .

الأبياني، محمد زيد، (ت١٣٥٤هـ /١٩٣٩م). **مباحث المرافعات الشرعية**،ط٣، ١م، ١٩٢٤م .

أحمد، بن حنبل، (ت ٢٤١هـ /٨٥٥م). **مسند الإمام أحمد بن حنبل**،٦م،مؤسسة قرطبة، مصر .

الأسيوطي، محمد بن أحمد، (١٩٩٦م). **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود** ١م، دار اليوسف، بيروت .

إسماعيل بن محمد، (ت١١٦٢هـ/١٧٢١م). **كشف الخفاء**، ط٤، ٢م، (تحقيق: أحمد القلاش) مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٥هـ .

إسماعيل، محمد بكر، (١٩٩٧م). **القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه**، ط١،١م،دار المنار.

الأزهر، محمد بن أحمد، (ت ٣٧٠هـ/٩٨٠م). **الزاهر**، ط١، ١م،(تحقيق:محمد خير الألفي)،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٣٩٩هـ .

الأشقر، محمد سليمان، (٢٠٠٠م). **زبدة التفسير من فتح القدير**، ط٤،١م، مؤسسة الرسالة، بيروت .

الألباني، محمد ناصر الدين، (١٩٨٥م). **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، ط٢، ٨م، المكتب الإسلامي، بيروت .

الأنصاري، زكريا بن محمد، (ت٩٢٦هـ/ ١٥٢٠ م). **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ط١، ٩م، (تحقيق :محمد تامر). دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١م .

ـــ **الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية**، ط١، ١١م، (تحقيق: محمد عبد القادر) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م ٠

ـــ **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب**، ط١، ٢م ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ هـ.

ب

الباحسين، يعقوب عبد الوهاب، (١٩٩٨م). **القواعد الفقهية المبادئ والنظريات**، ط١،١م، مكتبة الرشد ، الرياض ٠

باز، سليم رستم، (١٩٢٢م). **شرح المجلة**، ط٣، ١م، المطبعة الأميرية، بيروت .

البجنوردي، محمد حسن، (١٣٧٧هـ). **القواعد الفقهية**، ط١،٧م، (تحقيق: مهدي المهريزي / محمد الدريني)، مطبعة الهادي ٠

البجيرمي، سليمان بن عمر، **حاشية البجيرمي على شرح مهنج الطلاب**، ٤م، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا .

البحراني، مفلح الضميري، (١٩٩٩م). **غاية المرام في شرح شرائع الإسلام**، ط١، ٧م، (تحقيق : جعفر العاملي)، دار الهادي، بيروت .

البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت٢٥٦ هـ/٨٦٩م). **صحيح البخاري**، ط٣، ٨م،(تحقيق: مصطفى البغا)، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، ١٩٨٧م .

ابن بدران، عبد القادر الدمشقي، (ت١٣٤٦هـ/١٩٣٠م). **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ط٢، ١م،(تحقيق : عبد الله التركي)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠١هـ .

البدوي، يوسف أحمد،(٢٠٠١م). **أحكام الاشتباه الشرعية**، ط١، ١م، دار النفائس، الأردن .

أبو البصل، عبد الناصر موسى، (١٩٩٩م). **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية** .

ـــ (٢٠٠٠م) ، **نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون** ، ط١، ١م، دار النفائس ، الأردن .

البعلي، عبد الرحمن بن عبد الله، (ت ١١٩٢ هـ/١٧٧٨م). **كشف المخدرات**، ط١، ٢م ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ٢٠٠٢م .

ـــ **القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام**، ١م، (تحقيق: محمد حامد)، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٩٥٦م .

ـــ **المطلع على أبواب المقنع**، ط١ ،١م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ١٩٦٥م.

البهوتي، منصور بن يونس، (١٠٥١هـ/١٦٤١م). **الروض المربع شرح زاد المستقنع** ، ٣م مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، ١٣٩٠هـ .

ـــ **شرح منتهى الارادات** ، ط٢ ،٣م ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٩٦م .

ـــ **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ط١ ، ٦م ، (تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن)، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م .

البورنو، محمد صدقي، (٢٠٠٠م). **موسوعة القواعد الفقهية**، ط١ ، ٦م، مكتبة التوبة ،دار ابن حزم ، بيروت .

ـــ (١٩٩٦م). **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي** ، ط٤ ، ١م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

البيضاوي، عبد الله بن عمر، (ت٦٩١هـ / ١٢٩٢م). **أنوار التنزيل أسرار التأويل** ، ط١ ، ٢م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٨م .

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، (ت ٤٨٥هـ/ ١٠٦٥م). **سنن البيهقي الكبرى** ،١٠م، (تحقيق : محمد عبد القادر عطا) ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٩٩٤م .

ت

الترمذي، محمد بن عيسى، (ت٢٧٩هـ/٨٩٢م). **سنن الترمذي**، ٥م، (تحقيق : أحمد شاكر) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

التسولي، علي بن عبد السلام، (ت ١٢٥٨هـ/١٨٥٨م). **البهجة في شرح التحفة** ، ط١، ٢م، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨م ٠

التفتازاني، سعد الدين مسعود، (ت٧٩٢ هـ / ١٣٨٩م). **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه** ، ط١ ، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م .

التمرتاشي، محمد بن عبد الله ، (ت ١٠٠٤هـ/١٥٩٦). **مسعفة الحكام على الأحكام** ،١م ، (تحقيق : سامر القبج)، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن .

التنوخي، زين الدين المنجي، **الممتع في شرح المقنع**، ط١ ، ٦م، (تحقيق: عبد الملك بن عبد الله)، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧م.

التهانوي، محمد علي، (١٩٩٦م). **كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، ط١ ، ٢م، (تحقيق: علي دحرج)، مكتبة ناشرون ، لبنان .

ابن تيمية، أبو العباس أحمد، (ت٧٢٨هـ/١٣٢٦م). **السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية** ، ط٢، ١م، (تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي)، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩٨م .

ـــ **مجموعة الفتاوى** ، ط٢، ٢٠م ، دار الوفاء ، المنصورة،٢٠٠١م .

ج

الجارم، محمد صالح بن عبد الفتاح، **المجاني الزهرية على الفواكه البدرية** ، ١م ، مطبوع بهامش الفواكه البدرية، مطبعة النيل ، مصر .

ابن الجارود، أبو محمد عبد الله بن علي، (ت ٣٠٧هـ /٩١٩م). **المنتقى من السنن المسندة،** ط١، ١م، (تحقيق : عبد الله عمر البارودي)، مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت ، ١٩٨٨م .

الجرجاني، علي بن محمد، (ت٨١٦ هـ/١٤١٣م). **التعريفات،** ط١ ،١م، (تحقيق:إبراهيم الأبياري)، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٥ هـ .

الجزائري، عبد المجيد جمعه، (١٤٢١ هـ). **القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين،** ط١ ،١م، دار ابن القيم، الدمام، دار ابن عفان الخيرية .

ابن جزي، محمد بن أحمد، (ت ٧٤١هـ/١٣٤٠م). **القوانين الفقهية،** ط١، ١م، المكتبة العصرية، بيروت ،٢٠٠٠م .

الجصاص، أحمد بن علي الرازي، (ت ٣٧٠ هـ /٩٨٠م). **أحكام القران،** ٥م، (تحقيق :محمد الصادق قمحاوي)، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ .

جعيط، محمد العزيز، **الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية،** ط٢، ١م، مطبعة الإرادة، تونس .

الجندي، أحمد نصر، (١٩٧٨م). **مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما** ، ط٢ ، ٢م ، دار الفكر العربي، مصر.

ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن، (ت٥٩٧ هـ /١١٩٩م). **التحقيق في أحاديث الخلاف،** ط١، ٢م، (تحقيق :مسعد السعدني)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ ٠

الجويني، عبد الملك بن عبد الله، (ت٤٧٨ هـ/١٠٨٥م). **البرهان في أصول الفقه،** ط٤، ٢م، (تحقيق : عبد العظيم محمود)، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر، ١٤١٨هـ .

ـــ **غياث الأمم في التياث الظلم،** ط٢، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م .

ح

الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، (ت٤٠٥ هـ / ١٠١٤م). **المستدرك على الصحيحين،** ط١، ٤م، (تحقيق : مصطفى عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠م .

ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد، (ت٣٥٤هـ/ ٩٦٨م). **صحيح ابن حبان** ، ط٢ ، ١٨م، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٣م .

حتمل، أيمن محمد، (٢٠٠٤ م). **قواعد التبعية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي** ، أطروحة دكتوراه غير منشورة ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية،عمان، الأردن .

ابن حجر، أحمد بن علي، (ت ٨٥٢هـ /١٤٤٩م). **تهذيب التهذيب** ، ط١ ، ١٤م ، دار الفكر، بيروت ، ١٩٨٤م .

ـــ **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، ٤م، (تحقيق : عبد الله هاشم اليماني)، دار المعرفة ، بيروت .

ـــــــ **فتح الباري شرح صحيح**، ١٣م، (تحقيق :محمد فؤاد عبد الباقي /محب الدين الخطيب) دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ .

الحريري، إبراهيم محمد، (١٩٩٩م). **القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام**، ط١، ١م، دار عمار، الأردن .

ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، (ت ٤٥٦ هـ/١٠٦٣م). **المحلى بالآثار**، ١٢م ، (تحقيق: عبد الغفار البنداري)، دار الكتب العلمية ، بيروت .

الحسام الشهيد، عمر بن عبد العزيز، (ت٥٦٣هـ /١١٦٧م). **شرح أدب القاضي**، ط١ ،١م ، (تحقيق : أبو الوفا الأفغاني / محمد الهاشمي)، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ م .

ابن حسين، محمد علي، **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الإسرار الفقهية**، مطبوع بهامش الفروق، للقرافي .

حشيش، صلاح عوده، (١٩٩٢م). **أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية**، ١م ، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان ، الأردن .

الحصكفي، محمد بن علي، (ت ١٠٨٨هـ/١٧٦٠ م). **الدر المختار**، ط١ ،١م، (تحقيق :عبد المنعم خليل)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢م .

الحطاب، محمد بن عبد الرحمن، (ت ٩٥٤هـ/١٥٤٧م). **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ط٢ ،٦م، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ .

ابن حمزة، محمود بن محمد، (ت١٣٠٥هـ/١٨٩٠م). **الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة**، ١م .

ـــ **الفرائد البهية في القواعد الفقهية**، ط١، ١م، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٦م .

الحموي، أحمد بن محمد، (ت١٠٩٨هـ/١٦٥٧م). **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر**، ط١، ٤م ،دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥م .

الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم، (١٩٨٩ م). **القضاء ونظامه في الكتاب والسنة**، ط١، ١م، جامعة أم القرى ، مكة .

حيدر، علي، (١٩٩١م). **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ط١ ،٤م ، دار الجيل، بيروت.

خ

الخرقي، عمر بن الحسين، (ت ٣٣٤ هـ/٩٤٦م). **مختصر الخرقي**، ط٣، ١م ،(تحقيق : زهير الشاويش)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ .

الخطابي، حمد بن محمد، (٣٨٨هـ/١٠٠٢م). **معالم السنن**، ط٢ ، ٣م، المكتبة العلمية ، بيروت .

د

دائرة قاضي القضاة، **التقرير الإحصائي السنوي**، لعام ٢٠٠٢م، العدد السابع، عمان ،الأردن .

داود، أحمد محمد علي، (٢٠٠٤م). **أصول المحاكمات الشرعية**، ط١ ، ٢م ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان .

ـــ (١٩٩٩م). **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية**، ط١، ٢م دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان .

ـــ (١٩٩٨م). **القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى**، ط١ ٢م، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان .

أبو داود، سليمان بن الأشعث، (ت ٢٧٥هـ /٨٨٨م). **سنن أبي داود**، ٤م، (تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد)، دار الفكر، بيروت .

درا دكه، ياسين أحمد، (١٩٨٦م). **الميراث في الشريعة الإسلامية**، ط٣، ١م ، مؤسسة الرسالة، بيروت .

الدردير، أبو البركات سيدي أحمد، (ت ١٢٠١هـ/١٧٨٧م). **الشرح الصغير** ،٤م ، (تحقيق: مصطفى كمال) ، منشأة المعارف ، مصر .

الدريني، فتحي، (١٩٨٥م). **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي** ، ط٢، ١م، الشركة لمتحدة للتوزيع ، سوريا .

ـــ (١٩٩٠ م). **النظريات الفقهية**، ط٢ ، ١م ، جامعة دمشق .

الجريدة الرسمية (١٩٥٢). **الدستور الأردني**، نشر في العدد رقم (١٠٩٣)،عمان ،الأردن.

الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، (ت١٢٣٠هـ/١٨١٥م). **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ط١ ، ٦م، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٩٩٦ م .

ابن أبي الدم، إبراهيم بن عبد الله، (ت٦٤٢ هـ/١٢٤٤م). **أدب القضاء**، ط٢، ١م ، (تحقيق: محمد الزحيلي)، دار الفكر، بيروت ، ١٩٨٢م .

*الدمياطي، السيد البكري بن السيد، **إعانة الطالبين**، ٤م، دار الفكر، بيروت .*

ذ

الذبياني، زياد بن معاوية، (١٩٦٠م). **ديوان النابغة الذبياني**، ١م، (تحقيق : أكرم البستاني)، دار صادر، بيروت .

الذهبي، محمد بن أحمد، (ت ٧٤٨هـ /١٣٧٤م). **سير أعلام النبلاء**، ط٩، ٢م، (تحقيق : شعيب الأرناؤوط / محمد نعيم)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٣هـ .

ذياب، زياد صبحي، (١٩٩٤م). **الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون** ، ط١، ١م .

ر

الرازي، محمد بن أبي بكر، (ت ٦٦٦هـ /١٢٦٩م). **مختار الصحاح** ، ط١ ، ١م ، دار عما ، الأردن، ١٩٩٦م .

الرازي، محمد بن عمر، (ت٦٠٦هـ/ ١٢٠٩ م). **المحصول في علم الأصول** ، ط١، ٦م، (تحقيق: طه العلواني)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ، ١٤٠٠هـ .

الربيع، الربيع بن حبيب بن عمر، **الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب** ، ط١ ١م، (تحقيق: محمد إدريس /عاشور بن يوسف)، دار الحكمة، بيروت، مكتبة الاستقامة ، سلطنة عمان ، ١٤١٥هـ .

ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، (ت ٧٩٥ هـ /١٣٩٣م). **جامع العلوم والحكم** ،١م، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٧ م ، ص١٧ .

ـــ **القواعد**، ط١، ١م، مطبعة الصدق الخيرية، مصر ، ١٩٩٣م .

ابن رشد، محمد بن أحمد، (ت٥٩٥هـ/١١٩٨م). **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**،٢م ، (تحقيق : حازم القاضي)، مكتبة نزار الباز، الرياض، مكة ، ١٩٩٥ م .

الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، (ت ٨٩٤هـ /١٤٨٩م). **شرح حدود ابن عرفه** ، ط١ ، ٢م، (تحقيق :محمد أبو الأجفان/الطاهر المعموري)، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٣م .

الرملي، محمد بن أحمد، (ت ١٠٠٤ هـ/١٥٩٥م). **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، ٨م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

الروكي، محمد، (١٩٩٨م). **قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف،** ط١ ، ١م ، دار القلم، دمشق .

ـــ (٢٠٠٠م)، **نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء**،ط١، ١م ، دار الصفاء ، الجزائر ، ابن حزم ، بيروت .

ز

الزحيلي، محمد، (١٩٨٩م). **أصول المحاكمات الشرعية والمدنية**، ١م، دار الكتاب، دمشق .

ـــ (٢٠٠٢م). **التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي**، بيروت، ط٢، ١م ، دار الفكر، دمشق.

ـــ (١٩٩٣م). **النظريات الفقهية**، ط١، ١م ، دار القلم، دمشق ، دار الشامية، بيروت .

ـــ (١٩٩٩م). **القواعد الفقهية**، ط١ ، ١م، جامعة الكويت، الكويت .

ـــ (١٩٧١م). **وسائل الإثبات في الشريعة والقانون**، ط١، ١م، دار البيان .

الزحيلي، وهبة، (١٩٨٩م). **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط٣، ٨م ، دار الفكر، دمشق .

الزرقا، أحمد محمد، (١٩٨٩م). **شرح القواعد الفقهية**، ط٢ ، ١م ، دار القلم، دمشق .

الزرقا ، مصطفى أحمد ، (١٩٩٨م). **المدخل الفقهي العام** ، ط١، ٣م ، دار القلم ، دمشق .

الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، (١١٢٢هـ/١٧١٢م). **شرح الزرقاني**، ط١ ،٤م ، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤١١هـ .

الزركشي، محمد بن بهادر، (٧٩٤هـ /١٣٩٣م). **المنثور في القواعد** ،٣م ، (تحقيق : تيسير أحمد) ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ١٩٨٥م .

الزركلي، خير الدين، (١٩٩٢م). **الأعلام**، ط١٠ ، ٨م ، دار العلم للملايين، بيروت .

الزمخشري، محمود بن عمر، (ت ٥٣٨هـ/١١٤٣م). **أساس البلاغة**، ط١، ١م، (تحقيق : عبد الرحيم محمود) ، مطبعة أورثا ند ، القاهرة ،١٩٥٣م .

ـــ **الكشاف**، ط١، ٤م، (تحقيق : عادل عبد الموجود/علي معوض)، مكتبة العبيكان، الرياض ١٩٩٨م .

زيدان، عبد الكريم، (٢٠٠٠م). **نظام القضاء في الشريعة الإسلامية** ، ط٣ ، ١م، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

الزيلعي، عبد الله يوسف، (ت٧٦٢ هـ /١٣٦٠م). **نصب الراية**، (تحقيق : محمد يوسف)، دار الحديث، مصر، ١٣٥٧هـ .

الزيلعي، عثمان بن علي، (ت٧٤٣هـ /١٣٤٢م). **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ط١، ٧م، (تحقيق:أحمد عناية) ، دار الكتب العلمية بيروت ، ٢٠٠٠م .

س

سابق، السيد، (٢٠٠٠م). **فقه السنة**، ط١ ، ٣م، دار الكتاب العربي، بيروت .

سالم، موسى بن أحمد المقدسي، (ت ٦٩٠هـ /١٢٩١م). **زاد المستقنع**، ١م ، (تحقيق : علي محمد الهامدي) ، مكتبة النهضة ، الحديثة ، مكة المكرمة .

السبكي، عبد الوهاب بن علي، (٧٧١هـ / ١٣٦٩م)، **الأشباه والنظائر**،٢م، (تحقيق : عادل أحمد /علي عوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١م .

السبكي، علي بن عبد الكافي، (ت٧٥٦ هـ /١٣٥٥م). **الإبهاج في شرح المنهاج** ، ط١، ٢م، (تحقيق :جماعة من العلماء)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٤هـ .

السبكي، محمود محمد، (ت ١٣٥٢هـ/١٩٣٦م). **فصل القضية في المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية**، ١٩١٢م .

السدلان، صالح بن غانم، (١٩٩٧م). **القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها** ، ط١ ،١م، دار بالنسيه ، السعودية .

السرخسي، محمد بن أحمد، (ت ٤٩٠هـ / ١٠٩٦م). **المبسوط**، ١٦م ، دار المعرفة ، بيروت، ١٩٩٣م .

السرطاوي، محمود علي، (١٩٩٧م). **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني**،ط١ ، ١م، دار الفكر، الأردن .

السروجي، أبو العباس أحمد بن إبراهيم، (ت ٧١٠هـ/١٣١٠م). **أدب القاضي** ،ط١ ،١م ، (تحقيق:صديقي بن محمد ياسين)، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٩٩٧م .

السلمي، عبد العزيز بن عبد السلام، (ت ٦٦٠هـ/١٢٦٣م). **القواعد الصغرى**، ط١ ، ١م ، (تحقيق : إياد الطباع)، دار الفكر المعاصر، دمشق، ١٤١٦هـ .

السمرقندي، محمد بن أحمد، (ت ٥٣٩هـ/١١٤٥م). **تحفة الفقهاء**، ط٢ ، ٣م ، (تحقيق : محمد زكي)، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر .

السمعاني، منصور بن محمد، (ت٤٨٩هـ /١٠٩٧م). **قواطع الأدلة في الأصول**، ط١، ١م ، (تحقيق : محمد حسن إسماعيل)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧ م .

السمناني، علي بن حمد بن أحمد، (ت ٤٩٩هـ / ١١٠٦م). **روضة القضاة وطريق النجاة**، ط٢، ٢م، (تحقيق: صلاح الدين الناهي)، مؤسسة الرسالة، بيروت ، دار الفرقان، عمان ، ١٩٨٤ م .

أبو سيف، مأمون محمد، (١٩٩٩م). **الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات**، ط١ ،١م، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان .

السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت٩١١هـ/١٥٠٥م). **الأشباه والنظائر في الفروع**، ١م، مطبعة مصطفى محمد، مصر ،١٩٣٦ م .

ــ **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**، ٢م ،(تحقيق :محمد حسن)، مكتبة عباس أحمد الباز، مكة المكرمة، ٢٠٠١م .

ــ **طبقات الحفاظ**، ط١، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ .

ش

الشاطبي، إبراهيم بن موسى، (ت ٧٩٠هـ /١٣٨٨م). **الموافقات في أصول الفقه**، ط١ ، ٢م ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٩٩٤م .

الشافعي، محمد بن إدريس، (ت ٢٠٤ هـ/ ٨١٩م). **الأم** ، ط٢، ٨م ، دار المعرفة ، بيروت، ١٣٩٣هـ .

ــ **مسند الشافعي**، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

الشال، إبراهيم علي، (٢٠٠١م). **القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان ،الأردن .

شبير، محمد عثمان، (٢٠٠٠م). **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**، ط١ ١م، دار الفرقان، عمان .

أبـو شـجاع، أحمد بـن الحسين بـن أحمد، (ت ٥٩٣ هـ/١١٩٧م). **متن أبـي شـجاع**، ط١ ، ١م ، (تحقيق : مصطفى ديب البغا)، دار الإمام البخاري، دمشق، ١٩٨٧م .

ابن الشحنة، إبراهيم بـن أبـي اليمن، (ت ٨٨٢هـ/١٤٧٧م). **لسان الحكام فـي معـرفة الأحكام**، ط٢، ١م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ، ١٩٧٣ م .

الشربيني، محمد بـن أحمد الخطيب، (ت٩٧٧ هـ/١٥٦٩م). **مغنـي المحتـاج إلـى معرفـة ألفـاظ المنهاج**، ٤م، دار الفكر، بيروت .

شرقي، عبد الرحمن محمد، (١٩٩٩م). **تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي**، ط٢، ١م، المكتب الإسلامي، بيروت .

الشعراني، عبـد الوهـاب بـن أحمد، (٩٧٣هـ/ ١٥٦٥ م). **الميزان الكبرى**، ٢م، دار إحياء الكتب العربي، عيسى بابي الحلبي .

شوشاري، صلاح الدين، (٢٠٠٢م). **الوافي فـي شرح قانـون أصول المحاكمات المدنية** ، ط١، ١م ، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن .

الشوكاني، محمد بن علي، (ت١٢٥٥هـ/١٨٣٩م). **إرشاد الفحـول إلـى تحقيـق علـم الأصـول** ، ط١، ١م ، (تحقيق: محـمد سعيد البدري)، دار الفكـر، بيروت، ١٩٩٢م .

ـــ **فتح القدير**، ٥م، دار الفكر، بيروت .

ـــ **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار**،ط١، ٤م ، دار الفكر، بيروت

ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، (ت ٢٣٥هـ /٨٤٩م). **المصنف في الأحاديث والآثار**، ط١، ٧م ، (تحقيق: كمال يوسف الحوت)، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٤٠٩ .

شيخ زاده، عبـد الـرحمن بـن محمد، (ت١٠٧٨هـ/١٦٦٧م). **مـجمع الأنـهر شـرح فـي مـلتقى الأبحر**، ط١ ، ٤م، (تحقيق : عمران المنصور)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ١٩٩٨م .

الشيخ محب الله، عبد الشكور، (ت١١١٩هـ/١٦٧٧م). **فواتح الرحوت بشرح مسلم الثبوت**، ط١، ٢م، مطبوع مع كتاب المستصفى، المطبعة الأميرية، ببولاق، مصر، ١٣٢٢هـ .

الشيرازي، إبراهيم بن علي، (ت٤٧٦ هـ/١٠٨٣م). **طبقات الفقهاء**، ١م، (تحقيق: خليل الميس)، دار القلم،بيروت .

ـــ **اللمع فـي أصول الفقه**، ط١ ،١م ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥م .

ـــ **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ط١، ٣م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م .

ص

الصابوني، محمد علي، (١٩٨٤م). **المدخل لدراسة التشريع الإسلامي،** ط٤ ، ٢م ، جامعة دمشق، دمشق .

صدر الشريعة، عبد الله بن مسعود المحبوبي، (ت٧٤٧ هـ/١٣٧٣م). **التنقيح في أصول الفقه،** ط١ ، ٢م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ١٩٩٦م .

الصلاحين، عبد المجيد، (٢٠٠٣م). **مذكرة في القواعد الفقهية،** غير منشورة محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة .

الصنعاني، محمد بن إسماعيل، (ت ١١٨٢ هـ/١٨٦٥م). **سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام،** ط٤ ، ٢م ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٠م .

ض

ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، (ت١٣٥٣هـ/ ١٩٣٤م). **منار السبيل في شرح الدليل،** ط٢، ٣م ،(تحقيق: عصام القلعجي)، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٥هـ .

ط

الطبري، محمد بن جرير، (ت ٣١٠ هـ/١٩٢٢م). **جامع البيان عن تأويل القران،** ط١، ١٦م، (تحقيق: محمود شاكر)، دار إحياء التراث، بيروت ، ٢٠٠١م .

طلافحه، محمد محمود، (٢٠٠١م)، **تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة** ، ١م ، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة اليرموك ، اربد ، الأردن .

ابن الطيب، محمد بن علي، (٤٣٦هـ/١٠٤٤م). **المعتمد في أصل الفقه،** ط ١، ٢م ، (تحقيق : خليل لميس)، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤٠٣هـ .

ظ

الظاهر، راتب عطا الله، (١٩٩٩م). **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، ١م ،مطابع الدستور التجارية، الأردن .

ع

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت١٢٥٢ هـ / ١٨٣٦م). **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار،** ٨م ، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢م .٣٣٣٥

عبابنـه، علـي إبراهيم مصطفى، (٢٠٠٠م). **إيضاحات فـي قـانون أصـول المحاكمـات الـشرعية بقرارات محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية**، ط١ ،١م ، مطبعة الروزنا، اربد .

ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، (ت ٤٦٣هـ/١٠٧١ م). **الاستذكار** ، ط٤، ١م، (تحقيق: حسان عبد المنان/ محمود أحمد)، مؤسسة النداء، أبو ظبي ، ٢٠٠٣م .

عبد الحفيظ، ملك المغرب، (١٣٢٧هـ). **ياقوتة الحكـام فـي مسائل القضـاء والأحكام**، ط١، ١م، المطبعة المولـوية بفاس العليا المحمية .

عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام، (ت ٢١١هـ/٨٢٦م). **مصنف عبد الرزاق** ، ط٢، ١١م، (تحقيق :حبيب الرحمن الأعظمي)، المكتب الإسلامي، بيروت ، ١٤٠٣ .

العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، (٢٠٠٣م). **القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير**، ط١،٢م، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة .

عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، **معجم مصطلحات الألفاظ الفقهية**، ١م، دار الفضيلة ، القاهرة .

العثماني، محمد بن عبد الرحمن، (ت ٧٨٥هـ/١٣٧٨م). **رحمة الأمة في اختلاف الأئمة** ، ط١، ١م ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ١٩٨٧ م .

العظيم آبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق، (١٤١٥هـ). **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، ط٢، ١٠م ، دار الكتب العلمية، بيروت .

العلائـي، صـلاح الدين خليل، (ت٧٦١هـ / ١٣٥٩م). **المجموع المذهب في قواعد المذهب**، ٢م، (تحقيق :مجيد علي /أحمد عباس)، دار عمار، الأردن، المكتبة المكية، مكة .

علوان، إسماعيل بن حسن، (٢٠٠٠م). **القواعد الفقهيـة الخمـس الكبـرى**، ط١، ١م، دار ابن الجوزي، السعودية .

عليش، محمد بن أحمد، (ت١٢٩٩هـ/١٨٨١م). **تقريرات عليش**، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي .

العمر، أيمن محمد، (٢٠٠٢ م). **المستجدات فـي وسـائل الإثبـات**، ١م ، رسـالة دكتـوراه غيـر منشورة ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان ، الأردن.

عمرو، عبد الفتاح عمرو، (١٩٩٠م). **القرارات القضائية في الأحوال الشخصية**، ط١ ، ١م ، دار يمان، عمان .

غ

الغزالي، محمد بن محمد، (ت ٥٠٥هـ/١١١١م)، **المنخول**، ط٢، ١م، (تحقيق: محمد حسن هيتو)، دار الفكر، دمشق ، ١٤٠٠هـ .

ـــ **الوسيط في المذهب**، ط١، ٧م، (تحقيق : أحمد محمود / محمد تامر)، دار السلام القاهرة، ١٤١٧هـ .

ف

الفاداني، محمد ياسين، (١٩٩٦م). **الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية**، ط٢، ٢م، دار البشائر الإسلامية، بيروت .

ابن فارس، أحمد، (ت٣٩٥ هـ/ ٩٨٢م). **معجم مقاييس اللغة**، ط١ ، ٦م ، دار الجيل، بيروت ، ١٩٩١م .

أبو فارس، ساجدة محمد، (١٩٩٦م). **ولاية المرأة في الزواج والطلاق**، رسالة ماجستير غير منشورة،كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان ،الأردن .

أبو فارس، محمد عبد القادر، (١٩٩١ م). **القضاء في الإسلام**، ط٣، ١م، دار الفرقان ، الأردن .

الفراء، محمد بن الحسين، (ت٤٥٨هـ/١٠٩٣م). **الأحكام السلطانية**، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣ .

الفراهيدي، الخليل بن أحمد، (ت١٧٥ هـ/٧٩١م). **العين**، ط١، ٥م ، (تحقيق : مهدي المخزومي / إبراهيم السامرائي)، مكتبة الهلال، ١٩٩٥م .

ابن فرحون، أبو الوفاء إبراهيم بن محمد، (ت٧٩٩هـ/١٣٩٦م). **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت ،٢٠٠١م .

ـــ **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، ١م ، دار الكتب العلمية، بيروت .

الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، (ت٨١٧ هـ/١٤١٥ م). **القاموس المحيط** ، ط١ ، ٤م ، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣ م .

ق

القاري، أحمد بن عبد الله، (ت ١٣٥٩ هـ/١٩٤٤م). **مجلة الأحكام الشرعية**، ط١، ١م ، (تحقيق :عبد الوهاب أبو سليمان / محمد إبراهيم)، مطبوعات تهامة، السعودية، ١٩٨١م .

قاسم، عبد الرحمن عبد العزيز، (١٩٧٣ م). **النظام القضائي الإسلامي**، ط١، ١م ، مطبعة السعادة، القاهرة .

قاضي زاده، أحمد قودر، (ت ٩٨٨هـ/١٥٨٢م). **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار**، ط١، ١٠م، وهو تكملة شرح فتح القدير لابن الهمام، (تحقيق: عبد الرزاق المهدي) ٢٠٠٣م .

ابن قاضي شهبة، أحمد بن محمد، (ت ٨٥١هـ /١٤٤٨م). **طبقات الشافعية**، ط١ ،٤م، (تحقيق: الحافظ عبد العليم خان)، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٧هـ .

قانون الأحوال الشخصية، قانون رقم (٦١)، لسنة ١٩٧٦م، عمان ، الأردن .

قانون أصول المحاكمات الشرعية، قانون رقم (٣١)، لسنة ١٩٥٩م، عمان ، الأردن .

قانون تشكيل المحاكم الشرعية، قانون رقم (١٩)، لسنة ١٩٧٢م ، عمان ، الأردن .

قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية، قانون مؤقت رقم(٨٢)، لسنة ،٢٠٠١م،عمان ، الأردن.

قانون معدل لقانون أصول المحاكمات الشرعية، قانون مؤقت رقم(٨٤)، لسنة٢٠٠١م، الأردن.

قانون معدل لقانون تشكيل المحاكم الشرعية، قانون مؤقت رقم (٨٣)، لسنة ٢٠٠١م ، الأردن.

ابن قدامه، عبد الله بن أحمد، (ت ٦٣٠ هـ/١٢٣٢م). **عمدة الفقه**،١م، (تحقيق:عبد الله العيدلي / محمد العتيبي)، مكتبة الطرفين، الطائف .

ـــ **الكافي في فقه ابن حنبل**، ط٥، ٤م، (تحقيق: زهير الشاويش)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨م .

ـــ **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، ط١، ١٠م، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ .

قراعه، علي، (١٩٢٥م). **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ط٢، ١م، مطبعة النهضة، مصر .

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، (ت٦٨٤هـ/١٢٨٥م). **الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، ط١، ١م، مطبعة الأنوار، مصر .

ـــ **الذخيرة في فروع المالكية**، ط١، ١٠م، (تحقيق: أحمد عبد الرحمن)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان .

ـــ **الفروق**، ط١، ٤م ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٩٩٨م .

القرطبي، محمد بن أحمد، (ت٦٧١ هـ/ ١٢٧٣م). **الجامع لأحكام القرآن**، ط١، ١١م، (تحقيق : سالم مصطفى البدري)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠ م .

قرقور، خالد محمد، **قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية**، ١م، رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان ،الأردن .

القضاة، أحمد مفلح، (١٩٩٢م). **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي الأردني** ، ط٢، ١م، مكتبة دار الثقافة، عمان .

قلعه جي، محمد رواس، (١٩٨٥). **معجم لغة الفقهاء**، ط١، ١م، دار النفائس، عمان .

ـــ (١٩٨٤م)، **موسوعة فقه عمر بن الخطاب**، ط٢، ١م ، مكتبة الفلاح، الكويت .

القنوجي، صديق بن حسن، (٢٠٠١م). **ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي** ، ط١ ١م، (تحقيق: أبو عبد الرحمن بن عيسى)، دار ابن حزم ، بيروت .

القونوي، قاسم بن عبد الله، (ت ٩٧٨ هـ/١٥٧٠م). **أنيس الفقهاء**، ط١، ١م، (تحقيق :أحمد بن عبد الرزاق)، دار الوفاء، جده، ١٤٠٦هـ .

ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، (ت ٧٥١ هـ/١٣٥٠م). **أعلام الموقعين عن رب العالمين**، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت .

ـــ **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، ١م، (تحقيق : محمد حامد الفقي)، ١٩٥٣م .

ك

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، (ت ٥٨٧ هـ/١١٩١م). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط٢، ٦م، (تحقيق : محمد درويش)، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ١٩٩٨م .

كامل، عمر عبد الله، (٢٠٠٠م). **القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية** ، ط١، ١م، دار الكتب، مصر .

ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، (ت ٧٧٤هـ/ ١٣٧٢م). **تحفة الطالب**، ط١ ،١م ، (تحقيق : عبد الغني الكبيسي)، دار حراء، مكة المكرمة، ١٤٠٦هـ .

ـــ **تفسير القران العظيم**، ٤م، دار الفكر، بيروت، ١٠٤١هـ .

الكفوي، أيوب الحسيني، (ت ١٠٩٤هـ / ١٦٥٣م). **الكليات**، ط١، ١م، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٢ .

الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم، (١٩٩٩م). **حجية القاعدة الفقهية**، مجلة مؤته، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة مؤته، العدد الأول .

ـــ (٢٠٠٠م)، **قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي**، ط١، ١م، دار الفكر، دمشق .

م

ابن ماجة، محمد بن يزيد، (ت ٢٧٥هـ /٨٨٨م). **سنن ابن ماجة**، ٢م، (تحقيق : محمد عبد الباقي)، دار الفكر، بيروت .

مالك، مالك بن أنس، (ت ١٧٩هـ/٧٩٥م). **المدونة الكبرى**، ٦م، دار صادر، بيروت .

الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، (ت ٤٥٠ هـ/١٠٨٥م). **الأحكام السلطانية**، ط٣،١ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٧٣م .

ـــ **أدب القاضي**، ٢م، (تحقيق :محيي هلال السرحان). مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩١هـ .

ـــ **الحاوي الكبير**، ٢٤م، (تحقيق : محمود مطرجي). دار الفكر، بيروت .

المباركفوري، محمد بن عبد الرحمن، (ت١٣٥٣هـ /١٩٣٨م). **تحفة الأحوذي**، ١٠م ، دار الكتب العلمية، بيروت .

مجدلاوي، فاروق محمد، (١٩٩٨م). **الإدارة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب**، ط٢، ١م ، روائع مجدلاوي، الأردن، لبنان، قطر .

مجلة الأحكام العدلية، مطبوعة مع درر الحكام، لعلي حيدر .

المحاسني، محمد سعيد، (١٩٢٧م). **شرح مجلة الأحكام العدلية**،٣م ، مطبعة الترقي، دمشق .

محكمة الاستئناف الشرعية، اربد .

محكمة الاستئناف الشرعية، عمان .

محمد عميم الإحسان، (١٩٨٦م). **قواعد الفقه**، ط١ ،١م .

مراد ، يحيى، (٢٠٠٤م). **معجم تراجم أعلام الفقهاء**، ط١، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت.

المرغياني، علي بن أبي بكر الرشداني، (ت ٥٩٣ هـ/١٦٥٣م). **الهداية شرح بداية المبتدي**، ٢م، المكتبة الإسلامية، بيروت .

المريني، الجيلالي، (٢٠٠٢م). **القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة**، ط١ ، ٢م، دار ابن القيم، الدمام، دار ابن عفان، الجيزة .

مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، (ت٢٦١هـ/ ٨٧٤م). **صحيح مسلم**، ٥م ،(تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي .

مشحم، محمد جار الله، (ت١١٨٢ هـ/١٧٦٧م). **نفحات النسائم المفتحة عن زهرة الكمائم في أدب المفتي والحاكم**، ط١، ١م، (تحقيق: محمد خرفان) ، ٢٠٠٠م .

المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف، (ت ٨٩٧ ه/١٤٩١م). **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ط٢، ٦م، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ .

ابن مفلح، أبو اسحاق إبراهيم بن محمد، (ت ٨١٦ هـ/ ١٤١٣م). **المبدع في شرح المقنع**، ١٠م، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ .

المقدسي، أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد، (ت٦٤٣ هـ /١٢٣٨م). **الأحاديث المختارة** ، ط١، ١٠م، (تحقيق : عبد الملك بن عبد الله)، مكتبة النهضة الحديثة، مكة، ١٤١٠هـ .

المقري، محمد بن محمد، (٧٥٦هـ/ ١٣٥٧م). **القواعد**، ط١، ٤م، دار الكتاب، بيروت .

الملاح، محيي الدين بن حسن، (ت ١٣٤٦ هـ/١٩٣٠م). **عمدة الحاكم ومن يتردد إلى المحاكم**، ١م، مطبعة التضامن الأخوي، مصر .

ابن الملقن، عمر بن علي، (ت ٨٠٤هـ /١٤٠١م). **خلاصة البدر المنير**، ط١، ٢م، (تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي)، مكتبة الرشد ، الرياض .

المناوي، عبد الرؤوف محمد، (ت١٠٣٠هـ /١٦٢٠م). **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، ط١ ٦م، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٦هـ .

المنجور، أحمد بن علي، (٩٩٥هـ /١٥٨٨م). **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب**، ١م، (تحقيق: محمد الأمين)، دار عبد الله الشنقيطي .

ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، (ت ٣١٨هـ/ ٩٣٠م). **الإجماع**، ط٢، ١ م، (تحقيق : صفر أحمد)، مكتبة الفرقان، عمان، ١٩٩٩م .

المنذري، أبو محمد عبد العظيم، (ت ٦٥٦هـ / ١٢٥٨م). **الترغيب والترهيب**، ط١ ، ٤م، (تحقيق :إبراهيم شمس الدين)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ .

ابن منظور، محمد بن مكرم، (ت٦٣٠ هـ/ ١٣١١م). **لسان العرب**، ط١، ١٥م ، دار صادر، بيروت، لبنان .

منلا خسرو، محمد بن فراموز، (ت٨٨٥ هـ/١٤٨٠م). **درر الحكام في شرح غرر الأحكام**، ٢م، دار إحياء الكتب العربية، بيروت .

موافي، أحمد، (١٩٩٧م). **الضرر في الفقه الإسلامي**، ط١ ، ٢م ، دار ابن عفان ، المملكة العربية السعودية .

الموصلي، عبد الله بن محمود، (ت ٦٠٦هـ/ ١٢٠٧م). **الاختيار لتعليل المختار**، ط٣ ، ٢م، دار المعرفة، بيروت .

ميارة، محمد بن أحمد، (ت ١٠٧٢هـ/ ١٦٦١م). **شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**، ط١، ٢م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م .

ن

ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (٩٧٠هـ /١٥٦٣م). **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**،١م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م .

الندوي، علي أحمد، (١٩٩١م). **القواعد الفقهية**، ط٢، دار القلم، دمشق .

النسفي، عبد الله بن أحمد، (ت ٧١٠هـ /١٣١٠م). **مدارك التنزيل وحقائق التأويل**، ط١، ١م، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٠م .

نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ٦م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م ٠

النفراوي، أحمد بن غنيم، (ت١١٢٥ هـ/١٦٤٣م). **الفواكه الدواني**، ٢م، دار الفكر ، بيروت، ١٤١٥هـ .

ابن نافع، عبد الباقي، (ت٣٥١هـ/٩٦٢م). **معجم الصحابة**، ط١، ٣م، (تحقيق : صلاح بن سالم)، مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة المنورة .

نقابة المحامين، (١٩٩٢م). **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، ط٣ ، ٢م ،مطبعة التوفيق، عمان .

النووي، يحيى بن شرف، (ت٦٧٦ هـ/١٢٧٧م). **تحرير ألفاظ التنبيه**، ط١، ١م، (تحقيق : عبد الغني الدقر)، دار القلم، دمشق، ١٤٠٨هـ .

ـــ **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، ط٢، ١٢م، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٥م .

ـــــــ **شرح صحيح مسلم**، ط٢، ٩م، دار إحياء التراث العربي، بيروت .

ـــ **منهاج الطالبين**، ١م، دار المعرفة، بيروت .

هـ

هرموش، محمود مصطفى، (١٩٨٧ م). **القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول**، ١م، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الملك محمد بن سعود، السعودية.

ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، (ت ٦٨١هـ/١٢٨٢م). **شرح فتح القدير**، ٧م ، دار إحياء التراث العربي .

الهندي، محمد أمين كامل، (١٩٩٥ م). **دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية**، ط١، ١م، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردنية.

الهيتمي، أحمد بن حجر، (ت٩٧٦هـ/١٥٦٨م). **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ط١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م .

ـــ **الفتاوى الفقهية الكبرى**، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣م .

الهيثمي، علي بن أبى بكر، (ت٨٠٧ هـ/١٤٠٤م). **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، ١٠م، دار الريان للتراث، القاهرة، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٧هـ .

ـــ **موارد الضمآن**، ١م، (تحقيق : محمد عبد الرزاق حمزة)، دار الكتب العلمية، بيروت .

و

والي، فتحي، (١٩٧٧م). **قانون القضاء المدني الكويتي**، ١م، مطبعة جامعة الكويت. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، (١٩٩٥م). **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ط١ ،٤٠م ، مطابع الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت .

أبو الوفا، أحمد، (١٩٨٩م). **نظرية الأحكام في قانون المرافعات**، ط٦، ١م، منشأة المعارف، الإسكندرية .

أبو الوفا القرشي، عبد القادر بن أبي الوفاء، (ت ٧٧٥هـ /١٣٧٢م). **طبقات الحنفية**، ١م ، مير محمد كتب خانه، كراتشي .

وكيع، محمد بن خلف، (١٩٤٧م). **أخبار القضاة**،٣م، المكتبة التجارية، القاهرة .

ابن الوكيل، محمد بن مكي، (ت ٧١٦هـ/١٣١٦م). **الأشباه والنظائر**، ط١، ٢م، (تحقيق: أحمد العنقري)، مكتبة الرشد، الرياض، ١٩٩٣م .

الونشريسي، أحمد بن يحيى، (ت ٩١٤هـ /١٤٠٦م). **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**، ط١،١م، (تحقيق : عبد الرحمن الغريابي)، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ١٩٩١م .

وهدان، حسن محمد، (١٩٩٦م). **الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها**، رسالة ماجستير غير منشورة ،كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان ، الأردن .

ي

ياسين، محمد نعيم،(١٩٨٤ م)، **حجية الحكم القضائي**، ط١، ١م، دار الفرقان، عمان .

ـــ(١٩٩٩م)، **نظـرية الـدعوى بيـن الشريعـة والقانـون**، ط١، ١م، دار النفـائس ، الأردن .

ابن يوسف، مرعي، (ت١٠٣٣هـ/١٦٢٣م). **غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى**، ط١، ٣م، مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر، دمشق .

الملاحق

فهرس الآيات

الآيـــــــــــة	رقمها	اسم السورة	الصفحة
إِنْ أُرِيدُ إِلاَّ الإِصْلاحَ مَا اسْتَطَعْتُ	٨٨	هود	٧
إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ	١٣	الحجرات	١
إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا	٥٨	النساء	٢٥٠
إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ	١٠	الحجرات	٢٨٧
إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ	٥١	النور	٢١٤
تِلْكَ الدَّارُ الآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لاَ يُرِيدُونَ عُلُواً فِي	٨٣	القصص	٢٤٠
حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ	٣٣-٣٤	النساء	١٨٨
خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ	١٩٩	الأعراف	١٥٨
رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِي	٢٥	طه	١
فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُم مِّنَ الْقَوَاعِدِ	٢٦	النحل	١٠
فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ	٤٢	المائدة	٢٢٦
فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ	٢٠٠	البقرة	٣٩
فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَه	٢٣٠	البقرة	٢٠٣
فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ	١٢	فصلت	٣٩
فَمَالِ هَؤُلاءِ الْقَوْمِ لاَ يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثاً	٧٨	النساء	١١
فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْه	١٧٣	البقرة	٢٧
قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ	٥٥	يوسف	٢٤٠
قَالَ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَن تُعَلِّمَن	٦٦-٧٠	الكهف	١٩٥
كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ	١٣٥	النساء	٢٨٩
لاَ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ	١١٤	النساء	٢٨٧
لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا	٨٦	البقرة	٢٢
لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ	٧	الطلاق	١٥٨
مَا نَفْقَهُ كَثِيراً مِّمَّا تَقُولُ	٩١	هود	١١
مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ	١٢	النساء	١٣٩
وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا	٦	النساء	٢٥١
وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ	٢٧	البقرة	٩
وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا	٦٩	العنكبوت	٢٠٧
وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ	٦٠	النور	١٠
وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا	١٩٩	البقرة	٢٩٦
وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ	١٩٩	الأعراف	١٢٤
وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ	٣٨	الشورى	٢٠٦
وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ	٤٩	المائدة	١٣٣
وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ	٤٩	المائدة	٢٢٦
وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً	١٢٨	النساء	٢٨٦
وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا	٩	الحجرات	٢٨٧
وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ	٢٨٠	البقرة	٢٢

الآية	رقمها	السورة	الصفحة
وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحاً	٢٢٨	البقرة	١٣٩
وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان	٢	المائدة	١٦٤
وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ	١٣٣	آل عمران	٢٨٩
وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ	١٥٩	آل عمران	٢٠٦
وعلى الوارث مثل ذلك	٢٣٣	البقرة	١٩٢
وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً	٢٣	الإسراء	٤١
وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ	٤	الإسراء	٣٩
وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً	٥	النساء	٢٥١
وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ	١٨٨	البقرة	٢٢
وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ	٣٤	الإسراء	٢٥١
وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ	١٧٩	البقرة	١٦٠
وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَى آمَنُوا وَاتَّقَوْا	٩٦	الأعراف	١٦٥
وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ	٧٨	الحج	٢٢
وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ	٧٨	الحج	١٥٨
وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلاَّ ظَنّاً	٣٦	يونس	١٥٣
وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ	٤٥	المائدة	٢١٤
وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ	٤٧	المائدة	٢١٤
وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ	٤٤	المائدة	٢١٤
وَمَن يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ	١٢	لقمان	د
وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ	٨	النور	٢١٥
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	١	المائدة	٢٧
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا	٢٧	الانفال	٢٣٢
يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ	٦٥-٦٦	الأنفال	٣٠٥
يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ	٢٦	ص	١٢٨
يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ	١١	النساء	٢١٦
الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي	٣	المائدة	٢٢

فهرس الأحاديث

قضى بالشاهد و اليمين	صحيح	٩٨
كلكم ارع وكلكم مسؤول عن رعيته ، الإمام راعٍ ومسؤول	صحيح	٢٥١
كلوا ، وأطعموا ، وادخروا ، فإن ذلك العام كان بالناس جهد	صحيح	٢٠٥
كيف تصنع إن عرض لك قضاء	ضعيف	٦٤
لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين	ضعيف	٢٥٦
لا ضرر ولا ضرار	صحيح	٢٤
لا يبطل حق إمرىء مسلم وإن قدم	ضعيف	١٨٣
لعلك قبلت ، أو غمزت ، أو نظرت	صحيح	٣١٢
الله يعلم أن أحدكما لكاذب	صحيح	٢٧٩
لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم	صحيح	٦٨
ليس لقاتل ميراث	ضعيف	١٠١
ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن	ضعيف	١٢٥
ما رأيت أحداً كان أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله	ضعيف	٢٠٦
ما من عبد يسترعيه الله رعية فلم يحطها بنصحه لم يجد	صحيح	٢٥١
ما من وال يلي رعية من المسلمين فيموت وهو غاش لها	صحيح	٢٥١
معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء ، وتأكل الشجر حتى يلقاها	صحيح	٣٠٦
من أراد الله به خيراً يفقهه في الدين	صحيح	١١
من استعمل رجلاً على عصابة ، وفيهم من هو أرضى لله	ضعيف	٢٣٢
من حاز على خصمه	ضعيف	١٨٣
من ولي من أمر المسلمين شيئاً ، فأمر عليهم أحدا محاباة	صحيح	٢٣٢
والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً	صحيح	٢٩٧
وكذلك فافعلي كما تحيض النساء	صحيح	١٥٩
الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ثم قال لسودة بنت زمعة	صحيح	٢٧٩
يا أبا ذر إنك ضعيف وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزي	صحيح	٢٣٩
يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة ، فإنك إن أعطيتها	صحيح	٢٣٨
يا كعب ، قال : لبيك يا رسول الله ، فأشار إليه	صحيح	٢٨٨

فهرس الأعلام

“The legal Maxims which concern the constituents of Judicial judgement and their application in Jordanian Shari Judiciary”
‘Acomparative study’

By

Mohammad Younis Faleh AL-Zoubi

Supervisor

Dr. Abas Ahmad AL-Baz

CO - Supervisor

Dr. Zeiad Sobhi Dieab

Abstract

This dissertation addresses the jurisprudence rules concerned with the constituents of the judicial rule and their application in the Jordanian Shari adjudication”.

This dissertation is a comperative adjuducative study aims at addressing the adjudicative rules concerned with the constituents of the adjudicative rule and the extent to wich these rules can be applied in the Jordanian Shari adjudication. The study included an introduction، a preface، four chapters and a conclusion which includes the findings، the recommendations، bibliography and references. The desertation track was as follows:

In the introduction، the researcher refers to the problem of the study، the significance of the study، and the review of related literature in which an illustration to the strategy adopted by the researcher was tackled.

The preface chapter shows a short summary of the origins of jurisprudence rules regarding their concepts، their origins، their sources، their validity، their types، and their significance.

In the first chapter، the researcher treated the adjudicative rule regarding its concept، its constituents with a short treatment of these constituents which are: the judge، the judgment beneficiary، the debtor، the issue of judgment، the issue and the way of judgment.

The second chapter enacts the rules concerned with the opponents in that it included the rules concerned with the plaintiff، the defendant and the mutual rules between them.

In the third chapter، the researcher point out the most significant jurisprudence rules concerned with the issue of judgment which the judge must know and take into account due to its considerable effect in helping the judge to reach the right he is after.

The researcher، moreover، mentions the adjudication rules concerned with the issue of judgment due to their importance as a background for the judge to adjudicate conducting this study. He added the appendices which included statements from the wholly Qumran and sayings up the prophet all mentioned in this dissertation.

The researcher، furthermore، listed the authors whose works have been referred to as well as the jurisprudence rules which are included in the magazine of judicial ruling، the references and bibliography and An abstract of the thesis in English.

In the fourth chapter، the researcher tackles the through Their importance as a background for the judge to adjudicate jurisprudence rules concerned with the ruler in that he treats the most significant things concerned with the reliability of the judge، the extent to which he can take decisions، and the extent to which he is responsible for his decisions. The researcher، furthermore، tackles the most significant jurisprudence rules concerned with judgment and its implicit and explicit application، the extent to which that judgment can be influenced through the change fo time and place، the effect of suspicion on judgment if the judge has to do with boundaries and whether it is possible for the judge to make magistrate between the opponents. The researcher also showed the Jordanian Shari jurisprudence in every chapter and the extent to which it is applicable in the Shari court.

Finally، the researcher concludes the findings and recommendations he has reached conducting this study. He added the appendices which included statements from the wholly Qumran and sayings up the prophet all mentioned in this dissertation.